Dr. jur. Berthold Witte, Eutin:

Die Ausschlagung der Erbschaft nach B. G. B.

unter Berücksichtigung der Landesausführungsgesetze.

Eutin 1912.
Druck von G. Struve's Buchdruckerei.

Die Ausschlagung der Erbschaft nach B. G. B. unter Berücksichtigung :: der Landesausführungsgesetze. ::

Inaugural-Dissertation

zur

:: Erlangung der juristischen Doktorwürde ::

vorgelegt

der juristischen Fakultät der Universität Rostock

von

BERTHOLD WITTE, Referendar in EUTIN.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Eutin 1912.
Druck von G. Struve's Buchdruckerei.

Referent: Professor Dr. Matthiass

den 21. Februar 1912.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0082

Literatur.

1. *Achilles-Greiff,* Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, VI. Aufl., Berlin 1909.
2. Archiv für bürgerliches Recht, Band 13, 14, 15, 16, 21.
3. Archiv für die zivilistische Praxis, Band 91, 102.
4. *Becher,* Die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1901.
5. *Binder,* Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.
6. *Boehm,* Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage.
7. *Borcherdt,* Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, 2. Auflage.
8. *Boschan,* Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1905.
9. *Cosack,* Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Auflage.
10. *Crusen-Müller,* Das preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900—1901.
11. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, von *H. Jaentsch.*
12. *Dernburg,* Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902—1905.
13. Deutsche Juristen-Zeitung, 1909, Heft 19, 24.
14. *Endemann,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Auflage.
15. *Enneccerus-Kipp,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1. und 2. Auflage, Marburg 1911.
16. Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Band 2, 3, 5.
17. Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band 4, 5, 6, 10, 11, 14, 16, 18, 21.
18. Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, Band 82.
19. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Band 2.
20. Entscheidungen des Reichsgerichts, Band 54, 58, 59, 71.
21. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Lesung.
22. *Fischer-Henle,* Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, 7. Auflage.
23. *Frommhold,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von *Biermann u. A.*
24. *Goldmann-Lilienthal,* Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1900.
25. *Gruchot,* Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 37, 41, 44, 46.
26. *Hachenburg,* Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Auflage, Mannheim 1900.

27. *Haidlen,* Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Stuttgart 1897.
28. *Hoelder,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, München 1900.
29. *Jacobsen,* Die Erbausschlagung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Vergleich mit dem jus abstinendi des gemeinen Rechts. Diss. Rostock 1903.
30. *Jaeger,* Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage.
31. *Johow,* Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit etc., Band 24, 31, 35.
32. *Kipp,* in *Windscheid-Kipp,* Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 8. Auflage.
33. *Koehne und Feist (Märcker),* Die Nachlaßbehandlung, 17. Auflage.
34. Kommentar der Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts. Herausgegeben von *Georg Hoffmann, Brückner, Erler* u. a. Reichsgerichtsräten.
35. *Kuhlenbeck,* Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 2. Auflage.
36. *Landsberg,* Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1904.
37. *Leonhard,* Die Beweislast, Berlin 1904.
38. *Leske,* Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des preußischen Allgemeinen Landrechts, 1. und 2. Auflage, Berlin 1903.
39. *Manigk,* Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
40. *Marcuse,* Die successive Berufung zur Erbschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleich zu dem gemeinen Recht, Diss., Bonn 1903.
41. *Matthiass,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, 1910.
42. *Meyer-Reis,* Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 4. Auflage.
43. *Meischeider,* Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1900.
44. *Meyer, Hermann,* Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung, Berlin 1904.
45. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band 1 und 5.
46. *Müller-Meikel,* Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung, München 1899.
47. *Neumann,* Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Auflage.
48. *Neumann,* Jahrbuch des deutschen Rechts, Band 1—9.
49. *Niedner,* Einführungsgesetz, Berlin 1899.
50. *Pelargus,* Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Stuttgart 1899.
51. *Peters,* Wer kann eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen? Diss., Rostock 1909.
52. *Planck,* Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1., 2. und 3. Auflage.
53. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 5.
54. *Quassowski,* Irrtum beim Erbschaftsantritt, Diss., Königsberg 1900.

55. Das Recht, Zeitschrift, Band 1902, 1904, 1905, 1906, 1908.
56. *Riesebieter,* Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.
57. *Rode,* Die Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den bezüglich der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft erheblichen Irrtum, Diss., Leipzig 1907.
58. *Seufferts* Archiv, Band 57, 63, 64.
59. *von Staudinger,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 2. Auflage.
60. *Striethorst,* Archiv für Rechtsfälle, Band 100.
61. *Strohal,* Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage.
62. *Sydow-Busch,* Konkursordnung, 10. Auflage.
63. *Sydow-Busch,* Zivilprozeßordnung, 10. Auflage.
64. *Walter,* Die successive Berufung zur Erbschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleich zum gemeinen Recht, Diss., Berlin 1902.
65. *Warneyer,* Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage.
66. *Wilke, Koffka* u. A., Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz, mit Kommentar in Anmerkungen.
67. Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 1905, Heft 3.
68. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 1904 Heft 16, 1905 Heft 14.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Allgemeines 1

II. Hauptteil.

§ 2. Form, Frist und Beweislast der Ausschlagung 3
§ 3. Die Berechtigung zur Ausschlagung 13
§ 4. Die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts 20
§ 5. Der Verlust des Ausschlagungsrechts 27
§ 6. Die Nichtigkeit der Ausschlagung 30
§ 7. Der Einfluß von Willensmängeln auf die Ausschlagung 36
§ 8. Die Ausschlagung bei der Berufung aus mehreren Gründen. Insbesondere: Der Einfluß des Irrtums im Berufungsgrunde auf die Ausschlagung 43
§ 9. Die Ausschlagung bei der Berufung zu mehreren Erbteilen . . . 46
§ 10. Die Wirkung der Ausschlagung 50

I. Einleitung.

§ 1.

Allgemeines.

Die Ausschlagung der Erbschaft ist im wesentlichen reichsrechtlich im B. G. B. geregelt. Nur in einzelnen Punkten, auf die wir unten näher eingehen werden, sind Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetze gemacht worden.

Bei der Regelung des Erbschaftserwerbes hat das B. G. B. sich keinem der bestehenden Rechte angeschlossen. Die älteren Rechte standen auf verschiedenen Standpunkten (vergl. Motive V. S. 485, 486). Teils vertraten sie den Grundsatz des mittelbaren Erbschaftserwerbes durch besondere Willenserklärung, so das römische Recht (aditio hereditatis) und im Anschluß daran das gemeine Recht und das sächsische Gesetzbuch, teils vertraten sie den Grundsatz des unmittelbaren Erbschaftserwerbes von Rechts wegen, so das ältere deutsche Recht, das preußische Recht und das französische Recht.

Teils vertraten die älteren Rechte weiter den Grundsatz der Universalsuccession, so das römische und gemeine Recht, teils den Grundsatz der Singularsuccession, so das deutsche Recht.

Im B. G. B. sind römische und deutsche Rechtssätze miteinander verschmolzen worden. Einerseits ist der römisch-rechtliche Grundsatz der Universalsuccession, d. h. der Satz, daß die Erbschaft als Ganzes, d. i. der Inbegriff der nicht an die Person des Erblassers geknüpften Rechte und Verbindlichkeiten, auf den Erben übergeht, angenommen, und der deutschrechtliche Grundsatz von der Singularsuccession, d. h. der Satz, daß die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers nicht als Gesamtheit, sondern gesondert auf den Erben übergehen, verworfen worden. Andererseits ist der deutschrechtliche Grundsatz von dem ipso jure-Erwerb der Erbschaft, d. h. der Grundsatz des unmittelbaren Erbschaftsüberganges auf den Erben kraft Gesetzes im Zeitpunkt des Erbfalls ohne Wissen und Wollen des Erben, der in den Sätzen: „Le mort saisit le vif“ oder „der Tote erbt den Lebendigen“ zum Ausdruck kommt, angenommen, und der römischrechtliche Grundsatz von der aditio hereditatis, d. i. der Erbschaftserwerb durch rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung des Erben, sei es durch ausdrückliche Annahmeerklärung oder pro herede gestio, verworfen worden.

Es ist allerdings zuzugeben, daß dem römischen Recht in gewissen Fällen der ipso jure-Erwerb der Erbschaft nicht unbekannt war. Der Grundsatz von der aditio hereditatis galt nämlich nur für die heredes extranei,

während die heredes sui et necessarii die Erbschaft ipso jure ohne ihr Wissen und Wollen nach ähnlichen Bestimmungen erwarben, wie sie im deutschen Recht für alle Erben in Geltung waren.

Infolge des Erbschaftserwerbes von Rechts wegen ist dem B. G. B. die hereditas jacens, wie sie in Rom zwischen Erbfall und aditio hereditatis bestand, unbekannt, auch erfordert das B. G. B. keine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Erben, ob er die Erbschaft annehmen wolle oder nicht. Der Erbschaftserwerb vollzieht sich vielmehr in dem Augenblicke des Erbfalls ohne Zutun des Erben.

Diese Regelung des Erbschaftserwerbes im B. G. B. hat nun nicht die Bedeutung, daß der Erbe verpflichtet wäre, auch gegen seinen Willen die Erbschaft zu übernehmen. Im Grunde entscheidet im B. G. B. wie im römischen Recht der Wille des Erben. Der Erbschaftserwerb kraft Gesetzes im B. G. B. ist daher kein endgültiger, sondern nur ein vorläufiger, „resolutiv bedingter" (so Binder I. S. 73). Die Erbschaft, oder bei Vorhandensein mehrerer Erben, der auf den einzelnen Miterben entfallende Erbteil (vergl. § 1922 Abs. 2) geht auf den Erben über „unbeschadet des Rechts, sie auszuschlagen". (§ 1942.) Macht also der Erbe von seinem Ausschlagungsrecht Gebrauch, so behält er die Erbschaft nicht: „Der Anfall an den Ausschlagenden gilt als nicht erfolgt" (§ 1953 Abs. 1).

Mit Rücksicht auf diese Möglichkeit, daß der Erbe nicht Erbe bleibt, ist der Erbschaftserwerb in mancher Hinsicht nur ein „formeller" (so Planck V. S. 33). Hierbei ist aber stets festzuhalten, daß der vom B. G. B. vertretene Grundsatz der des ipso jure-Erwerbs der Erbschaft ist (vergl. Staudinger V. S. 58, Endemann III. S. 342, 343). Der formelle Charakter des Erbschaftserwerbes kommt einmal darin zum Ausdruck, daß die Ausschlagung der Erbschaft sich nicht so sehr als Aufgabe eines bereits erworbenen Rechts, sondern als Ablehnung einer bloß angetragenen Erbschaft darstellt. so liegt in der Ausschlagung einer Erbschaft keine Schenkung, selbst wenn sie in der Absicht erfolgt, einem Andern die Erbschaft zuzuwenden (§ 517); die Ehefrau bedarf bei gesetzlichem Güterrechte zur Ausschlagung nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1406 Ziff. 1), bei Gütergemeinschaft ist nur sie zur Ausschlagung berechtigt und Zustimmung des Mannes nicht erforderlich (§ 1453 Abs. 1 Satz 1). Weiter gilt der Nachlaß vor der Annahme nicht in jeder Beziehung als Erbenvermögen: so kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden (§ 1958); die Ausschlagung einer vor Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft steht nur dem Gemeinschuldner zu (§ 9 K. O.); der Erbe ist zur Fortsetzung eines Rechtsstreites seines Erblassers nicht verpflichtet (§ 239 Abs. 5 Z. P. O.); die Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, ist nur in den Nachlaß, nicht auch in das Erbenvermögen zulässig; entsprechend ist die Zwangsvollstreckung wegen einer Verbindlichkeit des Erben in den Nachlaß ausgeschlossen (§ 778 Z. P. O.). Der Erbe kann nicht die Einleitung des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaßgläubigern

beantragen (§ 991 Abs. 3 Z. P. O.); der Erbe kann nicht die Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks beantragen, wenn ein Nachlaßgläubiger für seine Nachlaßforderung ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat (§ 175 Zw. V. G.).

Das Ausschlagungsrecht steht dem Erben aber nicht zeitlich unbeschränkt zu, sondern nur innerhalb einer bestimmten, gesetzlich festgelegten Frist. Der Erbe verliert das Recht, womit dann auch der vorläufige Erwerb zu einem endgültigen wird, wenn er es innerhalb der Frist nicht ausübt. Er verliert das Recht auch ohne Rücksicht auf die Ausschlagungsfrist, wenn er zu erkennen gibt, daß er die Erbschaft behalten will: Annahme der Erbschaft nach B. G. B. in engerem Sinne. Diese Annahme unterscheidet sich somit wesentlich von der aditio hereditatis des römischen Rechts, da durch diese erst bewirkt wurde, daß der Annehmende Erbe wurde, während jene nur zur Folge hat, daß der Erbe definitiv Erbe bleibt.

II. Hauptteil.

§ 2.

Form, Frist und Beweislast der Ausschlagung.

Die Ausschlagung ist die „rechtsgeschäftliche Aufhebung des kraft Gesetzes eingetretenen Anfalls der Erbschaft" (so Endemann III. S. 348). Durch sie erklärt der berufene Erbe ausdrücklich, er wolle die Erbschaft nicht behalten. Die Ausschlagung ist dem Nachlaßgericht gegenüber zu erklären und somit ein einseitiges, sog. amtsempfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (Fischer-Henle S. 1058 zu § 1945, vergl. auch E. F. G. Bd. 3 S. 165, 5 S. 145, E. K. G. Bd. 24 S. 216). Endemann I. S. 317 zählt die Ausschlagung wie alle einer Behörde gegenüber abzugebenden Willenserklärungen zu den nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften mit der Begründung, die Regeln über die Art des Zugehens und die Beteiligung an der Erklärung seien andere, wenn eine dem Erklärenden übergeordnete Behörde als Empfänger gelten solle, als wenn „ein Anderer" als Empfänger gelte. Einer Behörde gehe ein Antrag nicht „zu", sondern er gehe bei ihr „ein". Dem ist aber nicht beizutreten: Es ist zwar richtig, daß im B. G. B. die einem Andern gegenüber abzugebende Willenserklärung der einer Behörde gegenüber abzugebenden Willenserklärung nicht gleichgestellt ist. Dies ergibt sich schon aus § 130 Abs. 3, worin die einer Behörde gegenüber abzugebende Willenserklärung inbezug auf das Wirksamwerden bei der Abgabe der Erklärung unter Abwesenden der einem Andern gegenüber abzugebenden Willenserklärung gleichgestellt wird, woraus durch argumentum e kontrario folgt, daß in den übrigen Fällen, wo das Gesetz eine derartige Gleichstellung der Willenserklärung nicht vorschreibt, die für eine einem Andern gegenüber abzugebende Willenserklärung gemachten Vorschriften auf die einer Behörde gegenüber abzugebende Willenserklärung keine Anwendung finden sollen. Aber hieraus darf noch nicht gefolgert werden, daß die einer Behörde gegenüber abzugebende

Willenserklärung kein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist. Ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft im Rechtssinne liegt stets vor, wenn eine Willenserklärung mit der Richtung auf einen bestimmten Empfänger abzugeben ist, ohne daß es darauf ankommt, ob der Empfänger eine Behörde oder „ein Anderer" im Sinne des Gesetzes ist (zustimmend die herrschende Meinung, so Staudinger V. S. 70, Binder I. S. 126).

Daraus, daß die Ausschlagung ein Rechtsgeschäft ist, folgt, daß die allgemeinen Bestimmungen des B. G. B. über Rechtsgeschäfte Anwendung finden, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind (vergl. Motive V. S. 511).

Die Ausschlagung ist in öffentlich beglaubigter Form dem Nachlaßgerichte gegenüber abzugeben (§ 1945). Der Zweck dieser Vorschrift ist, die Ausschlagung zweifelsfrei festzustellen, wegen der ihr innewohnenden einschneidenden Wirkungen für das Schicksal des Nachlasses und insbesondere, weil sie als Grundlage für die Ausstellung eines Erbscheins gilt (vergl. Motive V. S. 502).

Die Erklärung „gegenüber" dem Nachlaßgericht kann erfolgen einmal durch Einreichung eines öffentlich beglaubigten Schriftsatzes, sodann aber auch durch Erklärung zu Protokoll des Nachlaßgerichtes (Motive V. S. 503). Erfolgt die Ausschlagung durch Einreichung eines öffentlich beglaubigten Schriftsatzes, so wird sie gemäß § 130 Abs. 3, Abs. 1 wirksam, wenn sie dem Nachlaßgericht zugeht. Sie wird jedoch nicht wirksam, wenn vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Will der Ausschlagende seine Erklärung vor dem Nachlaßgericht zu Protokoll geben, so muß dies vor dem Gerichte geschehen; es genügt nicht, daß die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgt (Hess. Rspr. 5 S. 48 in Neumann, Jahrb. III. Note 2, zu § 1945), weil § 11 F. G. G., wonach Anträge und Erklärungen zum Protokolle des Gerichtsschreibers des zuständigen Gerichts erfolgen können, sich nicht auf solche Erklärungen bezieht, die gegenüber oder vor dem Gerichte abzugeben sind (vergl. Staudinger V. S. 70).

Nachlaßgericht ist gemäß § 72 F. G. G. das Amtsgericht, und zwar ist örtlich zuständig das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz, evt. Aufenthalt hatte (vergl. § 73 F. G. G.). Nur dem zuständigen Nachlaßgericht gegenüber kann die Ausschlagung wirksam erklärt werden. Insbesondere kann das Gegenteil nicht aus § 7 F. G. G., wonach gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen sind, gefolgert werden, weil in der Ausschlagung nicht eine „gerichtliche Handlung" im Sinne des § 7 eod., sondern nur eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, bei der dieses überhaupt nicht in Aktion tritt, liegt. (So auch die herrschende Meinung: Planck V. S. 42, Staudinger V. S. 73, Binder I. S. 126, Boehm S. 251 Anm. 1, Frommhold S. 28, Neumann, Handausg. II. S. 423).

Demgegenüber behauptet Dernburg V. S. 411, die Ausschlagung gegenüber dem unzuständigen Nachlaßgericht sei wirksam, weil es dem wohlwollenden Gedanken des Gesetzes und der Billigkeit entspreche, den § 7

F. G. G. auch auf die Entgegennahme von Parteierklärungen mit zu beziehen. Diese Ansicht ist durch die jüngste Entscheidung des Reichsgerichts (in der D. J. Z. 1909 S. 1488, E. R. G. Bd. 71 S. 380) in gewissem Maße bestätigt worden. Auch Enneccerus S. 132 und der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 422 haben sich ihr angeschlossen. Das Reichsgericht sieht zwar auch in der Erklärung der Ausschlagung keine gerichtliche Handlung im Sinne des § 7 eod. Das angegangene Gericht dürfte sich bei Entgegennahme der Ausschlagungserklärung jedoch nicht rein passiv verhalten, es sei vielmehr verpflichtet, seine Zuständigkeit zu prüfen und selbst zu handeln, weil es nicht nur die Urkunden anzunehmen, sondern auch Benachrichtigungen zu erlassen (vergl. § 1953 Abs. 3) und über die Einsichtnahme zu entscheiden habe. Halte sich nun das Gericht selbst zu Unrecht für zuständig, so dürfe dies dem Ausschlagenden, der sich darauf verlassen habe, daß das Gericht die Ausschlagung angenommen habe, nach § 7 F. G. G. nicht zum Nachteil gereichen.

Der Ansicht des Reichsgerichts ist aber nicht zuzustimmen: Zunächst ist es befremdlich, daß die Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung davon abhängig sein soll, nicht ob das Gericht zuständig ist, sondern davon, ob es sich für zuständig hält. Sodann hat auch das Gericht seine Zuständigkeit nicht zu prüfen: Bei der Abgabe der Ausschlagungserklärung an sich kommt irgend eine „Handlung" des Gerichts nicht in Betracht, weil nach der vom B. G. B. vertretenen Empfangstheorie die Ausschlagungserklärung wirksam wird, wenn sie dem Nachlaßgericht zugeht, d. h. wenn dieses in die Lage gesetzt ist, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, ohne daß es aber erforderlich ist, daß das Gericht tatsächlich Kenntnis erhält. Vergleiche auch die Entscheidung des Kammergerichts i. J. E. K. G. Bd. 35 S. 58, wo ausgeführt ist, daß das Nachlaßgericht nicht befugt ist, eine Ausschlagungserklärung aus dem Grunde zurückzuweisen, weil die Erklärung ungiltig oder im Hinblick auf eine bereits früher eingegangene gleichlautende Erklärung derselben Person überflüssig sei. Diese Entscheidung beruht darauf, daß die Tätigkeit des Nachlaßgerichts auf die bloße Entgegennahme der Erklärung beschränkt ist. Der Umstand, daß bei Handlungen, die das Gericht später vorzunehmen hat — zu diesen sind die vom Reichsgericht aufgezählten zu rechnen —, das Gericht vielleicht seine Zuständigkeit zu prüfen hat, gibt nicht die Berechtigung, auch bei der vorausgehenden Ausschlagung die Prüfung der Zuständigkeit seitens des Gerichts zu verlangen. Sodann kann § 7 F. G. G. auch aus folgendem Grunde nicht Anwendung finden: Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts ist nach § 1945 eine ausschließliche, was sich einmal aus dem Zwecke der Bestimmung ergibt, die es den Beteiligten ermöglichen will, durch Nachforschungen bei dem zuständigen Nachlaßgericht zu erfahren, ob die Ausschlagung erfolgt ist oder nicht, und sodann, weil das Nachlaßgericht auf Grund der bei ihm erfolgten Ausschlagung die nötige Sicherheit und Grundlage für die Ausstellung eines Erbscheines gewinnen soll (vergl. Motive V. S. 502). Gibt somit § 1945 einen ausschließlichen Gerichtsstand, so kann er als lex specialis durch die lex generalis des § 7

F. G. G. nicht ausgeschaltet werden. Auch entspricht es nicht der Billigkeit, wie Dernburg meint, die Ausschlagung vor dem unzuständigen Gericht für wirksam anzusehen, weil damit die für die Beteiligten so wichtige Rechtssicherheit wieder beseitigt würde. (Vergl. Wolff in der Deutsch. Jur. Zeitung 1909 S. 1490, E. K. G. 39 A. 57, O. L. G. Band 21 S. 299). Auch sonst wird in der Praxis kein dringendes Bedürfnis bestehen, die dem unzuständigen Nachlaßgericht gegenüber abgegebene Ausschlagungserklärung unter Umständen für wirksam zu halten. Denn falls ein unzuständiges Gericht ersucht wird, wird es ex nobili officio dem zuständigen Nachlaßgericht die Erklärung übermitteln, insbesondere, wenn es sich darum handelt, die Ausschlagungsfrist zu wahren (so auch Planck V. S. 42).

Ist somit die Ausschlagung nur gegenüber dem zuständigen Nachlaßgericht wirksam, so ist es doch zulässig, daß das Nachlaßgericht ein anderes Gericht um die Entgegennahme der Erklärung ersucht (Staudinger V. S. 71). Die vor dem ersuchten Gericht abgegebene Erklärung wird aber erst wirksam, wenn sie dem ersuchenden Gericht derart übermittelt wird, daß dieses in die Lage versetzt wird, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. (Vergl. Herzfelder Bayr. Rpfl. Z. 07 S. 232f in Neumann Jahrb. VI. zu § 1945.) Dies ist eine Folge davon, daß das ersuchte Gericht lediglich als Vermittler anzusehen ist. Das Ersuchen des anderen Gerichts hat eben nur den Zweck und die Bedeutung, daß die Form der Ausschlagungserklärung gewahrt wird. Anderer Ansicht ist der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 422 und Pfaefflin Bayr. Rpfl. Z. 07 S. 186 in Neumanns Jahrb. VIII. zu § 1945 Ziff. 1. Pfaefflin meint, das ersuchte Gericht sei nicht nur Urkundsbehörde, sondern übe die ihm durch das Ersuchen übertragene Gerichtsbarkeit des Nachlaßgerichts aus. Das äußere Moment des Zugehens der Erklärung an das Nachlaßgericht sei somit nicht erforderlich, die Ausschlagung sei durch die Entgegennahme der Erklärung durch das ersuchte Gericht schon vollwirksam erfolgt. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Abgesehen von der Frage, ob das Nachlaßgericht, das doch ausschließlich zuständig ist, die ihm als Nachlaßgericht obliegende Gerichtsbarkeit beliebig auf ein anderes, an sich nicht zuständiges Gericht übertragen kann, kann in dem Ersuchen eine Uebertragung der Gerichtsbarkeit nicht gefunden werden, weil der einzige Zweck des Ersuchens der ist, eine rechtlich wirksame Ausschlagungserklärung herbeizuführen.

Gemäß Art. 147 E. G. B. G. B., § 189 F. G. G. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen für die dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen andere als gerichtliche Behörden zuständig sind, unberührt. Die meisten deutschen Staaten haben von diesem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht, oder doch nur in minder wichtigen Angelegenheiten, die hier nicht in Frage stehen, besonderen Behörden die Geschäfte der Amtsgerichte als Nachlaßgerichte übertragen. Vergleiche u. a. das preußische A. G. F. G. G. Art. 104 ff., wo im Geltungsgebiete des Allgemeinen Landrechts für die Sicherung des Nachlasses im Sinne des § 1960 die Dorfgerichte zuständig sind, und das bayerische A. G. B. G. B. Art. 167 I., wonach an Stelle der

Amtsgerichte die Stadt- und Landgerichte zur Aufnahme des Inventars zuständig sind, ferner die sächsische Verordnung zur Ausführung einiger Reichsgesetze §§ 97 ff., wonach für gewisse, dem Nachlaßgerichte obliegende Angelegenheiten die Ortsgerichtspersonen zuständig sind, und das elsaß-lothringische A. G. F. G. G. §§ 24, 25, 36, wo gewisse Angelegenheiten der Nachlaßgerichte (Sicherung des Nachlasses und Inventaraufnahme) den Notaren oder Bürgermeistern überwiesen sind.

In vollem Umfange haben nur Württemberg, Mecklenburg-Schwerin und Baden von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht. In Württemberg sind besondere staatliche Behörden, die in gleicher Art wie die Vormundschaftsbehörden zusammengesetzt und für jede Gemeinde besonders errichtet sind, Nachlaßgerichte (vergl. Württ. A. G. B. G. B. Art. 71 ff). In Mecklenburg-Schwerin (Verordn. betr. Ausführung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit §§ 22 ff.) werden die Verrichtungen der Nachlaßgerichte in den Städten und deren Gebiet, mit Einschluß der Kämmereigüter, in Wismar der Hebungsgüter und Dörfer, sowie in Rostock der Hospitalgüter und des Hafenorts Warnemünde, den Magistraten, sowie den aus den Magistraten verordneten Waisengerichten und sonstigen Deputationen, dagegen in dem Gebiete der 3 Landesklöster (Dobbertin, Riebnitz und Malchow) den Klosteramtsgerichten zugewiesen. Von dieser Bestimmung gelten jedoch zahlreiche Ausnahmen zugunsten der landesherrlichen Beamten und Diener, der Ritter- und Landschaft, der Lehrer und Beamten der Landesuniversität, Offiziere u. A., für die teils die Hofstaatsgerichte, teils die Gutsherren zuständig sind. In Baden (Bad. Rechtspolizeigesetz §§ 43 ff.) sind die Notare, nur in minderwichtigen Angelegenheiten von Lokalen, Inventurbehörden unterstützt, für die dem Nachlaßgerichte obliegenden Verrichtungen zuständig. Vor diesen besonderen, nicht richterlichen Behörden kann die Ausschlagungserklärung auch dann wirksam zu Protokoll gegeben werden, wenn sie an sich nicht zur gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung befähigt sind (vergl. Planck V. S. 42).

Erfolgt die Ausschlagung durch Einreichung eines Schriftsatzes, so ist die Erklärung öffentlich zu beglaubigen. Gemäß § 129 ist die Erklärung schriftlich abzufassen und die Unterschrift des Erklärenden von der zuständigen Behörde oder von einem zuständigen Beamten oder Notar zu beglaubigen. Wird die Erklärung mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend. Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt. Bei der Frage, wer zuständig zur öffentlichen Beglaubigung ist, ist zu unterscheiden:

1. Die Erklärung ist mit dem Namen des Erklärenden unterzeichnet: Gemäß § 167 F. G. G. sind in erster Linie die Notare und Amtsgerichte zuständig. Gemäß § 191 F. G. G. bleiben aber die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen außer den Amtsgerichten oder Notaren auch andere Behörden oder Beamten zuständig sind, unberührt. Auch kann durch Landes-

gesetz die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift ausgeschlossen werden.

Von diesen Vorbehalten ist vielfach Gebrauch gemacht worden: So sind in Preußen in den Hohenzollernschen Landen sowie in Teilen der Oberlandesgerichtsbezirke Frankfurt a. M. und Cassel und im Großherzogtum Hessen die Ortsvorsteher, Bürgermeister oder Ortsgerichtsvorsteher (preuß. A. G. F. G. G. Art. 115, 111, 117, 122, 123, Hess. A. G. F. G. G. Art. 65), in Hessen außerdem die Gerichtsschreiber zuständig. In Sachsen (Gesetz z. Ausf. ein. mit dem B. G. B. zusammenhängender Reichsgesetze § 41) sind die Gerichtsschreiber der Amtsgerichte, in Württemberg (A. G. B. G. B. Art. 124) die Ortsvorsteher und Ratsschreiber, in Baden (Rechtspolizeigesetz § 42) die Bürgermeister am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsorte des Antragstellers zuständig. In Bayern sind die Notare ausschließlich zuständig (Notariatsgesetz Art. 1, 35, A. G. B. G. B. Art. 167 I.).

2. Die Erklärung ist nur mit einem Handzeichen unterzeichnet: In erster Linie sind gemäß § 167 F. G. G. die Amtsgerichte und Notare zur gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung des Handzeichens zuständig. Gemäß § 191 Abs. 2 F. G. G. kann aber durch Landesgesetz die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die öffentliche Beglaubigung eines Handzeichens ausgeschlossen werden. Sonach können teils Notare, teils Amtsgerichte ausschließlich, teils beide nebeneinander zuständig sein: Die Notare sind ausschließlich zuständig in Bayern (A. G. B. G. B. Art. 167 I., Not. Ges. Art. 1), Württemberg (A. G. B. G. B. Art. 105), Baden (Rechtspol. Ges. §§ 34, 35 Abs. 3), Bremen (A. G. B. G. B. § 6), Hamburg (A. G. F. G. G. § 9), Elsaß-Lothringen (A. G. F. G. G. § 44). Die Gerichte sind ausschließlich zuständig in Schwarzburg-Rudolstadt (A. G. F. G. G. Art. 30, 54), Schaumburg-Lippe (A. G. F. G. G. Art. 27), Lippe (A. G. F. G. G. Art. 26), Waldeck (A. G. F. G. G. Art. 23). Die Gerichte und Notare sind in den übrigen Staaten, insbesondere Preußen, Hessen u. a., zuständig.

3. Die Erklärung wird gerichtlich oder notariell beurkundet: Zuständig sind gemäß § 167 F. G. G. die Amtsgerichte und Notare. Gemäß Art. 141 E. G. B. G. B. kann aber durch Landesgesetz die Zuständigkeit der Amtsgerichte oder Notare zu einer ausschließlichen gemacht werden. Von diesem Vorbehalt haben die Landesgesetze, wie zu Ziffer 2 ausgeführt, Gebrauch gemacht.

Grundsätzlich kann die Ausschlagung nur innerhalb einer Frist von 6 Wochen erfolgen. Die Dauer der Frist verlängert sich jedoch auf 6 Monate, wenn entweder der Erblasser seinen Wohnsitz „nur“ im Auslande hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginn der Frist, sei es dauernd oder vorübergehend, im Auslande aufhält (§ 1944 Abs. 1, 3). Hatte jedoch der Erblasser in Gemäßheit des § 7 Abs. 2 mehrere Wohnsitze und von diesen einen im Inlande, so behält es bei der 6wöchigen Frist sein Bewenden. Ob der Erblasser im Auslande oder im Inlande gestorben ist, ist unerheblich. Als Ausland im Sinne des § 1944 gelten auch die deutschen Schutzgebiete und

Konsulargerichtsbezirke (Planck V. S. 40, Kommentar der Reichsgerichtsräte Band 2 S. 421, Fischer-Henle S. 1058 zu § 1944 Anmerkung 5).

Die Frist von 6 Wochen mag in manchen Fällen, insbesondere bei unübersichtlichen Nachlaßverhältnissen, als zu kurz erscheinen; sie ist jedoch im Interesse einer raschen Klarstellung des Erbschaftserwerbes geboten. Andererseits mag im Verhältnis zu der 6wöchigen Frist die Frist von 6 Monaten unter Umständen reichlich lang sein. Man hat jedoch zwecks gleichmäßiger Regelung der Ausschlagungsfrist an der einheitlichen Frist von 6 Monaten festgehalten (vergl. Motive V. S. 498).

Eine Verlängerung oder Abkürzung der Ausschlagungsfrist durch das Nachlaßgericht oder durch Verfügung des Erblassers von Todeswegen ist ausgeschlossen, weil die Frist eine gesetzliche Praeklusiv-Frist ist (Motive V. S. 501, Staudinger V. S. 66, Planck V. S. 39, Borcherdt S. 96). Jacobsen S. 66 hält eine Abkürzung der Frist für zulässig, weil der Erbe dadurch nicht geschädigt werden könne. Dies ist jedoch unrichtig. Abgesehen davon, daß es sich bei der Dauer der Ausschlagungsfrist um zwingendes Recht handelt, würde es auch dem Zwecke der Ausschlagungsfrist, der auf den Schutz des Erben gerichtet ist, widersprechen. Durch eine Abkürzung der Frist wird der Erbe mehr geschädigt als durch eine Verlängerung, weil er weniger Zeit behält, sich über den Nachlaß zu unterrichten und sich schlüssig zu werden, ob er die Erbschaft behalten will oder nicht. Es ist allerdings zuzugeben, daß der Erblasser mittelbar die Frist verkürzen kann, indem er den Erben unter der Bedingung der Annahme innerhalb kürzerer Frist einsetzt. (Vergleiche Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 420.)

Für die Berechnung der Frist sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 186 ff. maßgebend.

Die Ausschlagungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2). Kenntnis hat der Erbe aber erst, wenn jeder begründete Zweifel über Anfall und Berufungsgrund beseitigt ist. (Vergleiche O. L. G. 6 S. 310 f.) Kenntnis hat der Erbe daher nicht, wenn er sich in einem tatsächlichen oder in einem auf Nichtkenntnis der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Rechtsirrtum über Anfall und Berufungsgrund befindet, ohne Rücksicht darauf, ob der Irrtum ein verschuldeter oder unverschuldeter ist. Daß ein Rechtsirrtum Berücksichtigung findet, ist deshalb unbedenklich, weil der Erbe gegebenenfalls denselben zu beweisen hat (Motive V. S. 499, Staudinger V. S. 68), und somit die Kenntnis des Erben von den gesetzlichen Bestimmungen solange vorausgesetzt werden muß, bis der Erbe seine Unkenntnis nachgewiesen hat (O. L. G. 14 S. 319).

Die Ausschlagungsfrist kann hiernach u. a. nicht beginnen, wenn der Erbe irrtümlich annimmt, er sei durch Verfügung von Todeswegen berufen, während er kraft Gesetzes berufen ist (vergl. O. L. G. 16 S. 251), oder wenn er in berechtigtem Zweifel darüber ist, ob der Anfall an ihn oder an einen bevorrechtigten Erben erfolgt ist (vergl. Goldmann-Lilienthal S. 320, 336 Anm. 1).

Ist der Erbe durch Verfügung des Erblassers von Todeswegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung (§ 1944 Abs. 2). Zum Beginn der Frist ist auch hier Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund erforderlich, nur genügt diese Kenntnis allein nicht, um die Frist in Lauf zu setzen, es muß die Verkündung der Verfügung hinzukommen. Dies ist auch erforderlich, wenn der überlebende Ehegatte in einem gemeinschaftlichen Testamente als Erbe des verstorbenen eingesetzt ist, obgleich dem Erben hier der Inhalt der Verfügung schon bekannt war (Staudinger V. S. 69, Boehm S. 248).

Nicht erforderlich ist dagegen, daß der Erbe Kenntnis davon hatte, daß die Verkündung erfolgt ist. (Vergleiche Motive V. S. 499, Binder I. S. 125, Goldmann-Lilienthal S. 320 Anm. 6.) Kipp III. S. 437 (ähnlich auch Kuhlenbeck III. S. 35, Warneyer Note 1, zu § 1944) will die Frist erst beginnen lassen, wenn der Erbe von der Verkündung Kenntnis erhält; falls der Erbe bei der Verkündung anwesend ist, soll die Frist mit der Verkündung beginnen, andernfalls aber erst, wenn der Erbe nachträglich die erforderliche Kenntnis erhält (vergl. Dennler Z. Bl. F. G. 5 S. 543). Gegen diese Auffassung würde der Wortlaut des Gesetzes sprechen.

Die Ausdrucksweise Kipps ist allerdings zweideutig, da nicht klar hervorgeht, ob unter der erwähnten „erforderlichen Kenntnis" die Kenntnis von der Verkündung der Verfügung oder die allgemein erforderte Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund zu verstehen ist, so daß es immerhin fraglich ist, ob Kipp so verstanden sein will.

Erfolgt eine Verkündung der Verfügung nicht, so greift die Bestimmung des § 1944 Abs. 2 Satz 1 Platz (Lafrenz im Recht 1902 S. 553, Staudinger V. S. 69).

Im einzelnen ist noch folgendes hervorzuheben: Bei der Nacherbfolge beginnt die Ausschlagungsfrist nicht vor Kenntnis des Nacherben von dem Eintritte des Nacherbfalls (O. L. G. 5 S. 236, 361, E. R. G. 59 S. 342). Ist eine schon erzeugte, aber noch nicht geborene Person Erbe, so kann die Frist erst am Tage nach der Geburt beginnen (Motive V. S. 501, 488, O. L. G. 14 S. 318, Staudinger V. S. 69). Tritt der Anfall an den Erben erst infolge der Ausschlagung eines zunächst Berufenen ein, so beginnt die Frist nicht eher, als der Erbe Kenntnis von der Ausschlagung des zunächst Berufenen erlangt hat. Für den Fristbeginn ist jedoch nicht erforderlich, daß das Nachlaßgericht dem Erben die erfolgte Ausschlagung des zunächst Berufenen mitgeteilt hat; dies kann insbesondere nicht aus § 1953 Abs. 3 gefolgert werden, weil hier eine lediglich für das Nachlaßgericht instruktionelle Vorschrift gegeben ist (Strohal II. S. 6 Anm. 12).

Hat der Erbe einen zur Ausschlagung berufenen Vertreter, sei es ein gesetzlicher oder ein gewillkürter, so entsteht die Frage, ob die zum Beginn der Ausschlagungsfrist erforderlichen Umstände in der Person des Vertreters oder in der des Erben eintreten müssen. Es versteht sich von selbst, daß der Anfall an den Erben zu erfolgen hat. Zweifel entstehen aber insofern, ob für die erforderliche Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund, sowie für

den für die Dauer der Frist maßgeblichen Aufenthaltsort, die Person des Erben oder die seines Vertreters entscheidend ist. Bei der gesetzlichen Stellvertretung entscheidet die Person des Vertreters, was sich aus dem Wesen der gesetzlichen Vertretung ergibt (Motive V. S. 501, Binder I. S. 78, 120, 121, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 120, Warneyer Note 4 zu § 1944). Goldmann-Lilienthal S. 321 Anm. 1 kommt zu demselben Ergebnis, aber auf Grund der analogen Anwendung von § 166 Abs. 2. Dem ist jedoch nicht beizutreten (vergl. unten).

Sehr bestritten ist die Frage hinsichtlich der gewillkürten Stellvertretung: Nach der einen Ansicht konkurrieren Erbe und Erbenvertreter miteinander: erforderlich und genügend ist hiernach, daß entweder der Erbe oder der Erbenvertreter Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund erlangt. Sobald einer von beiden diese Kenntnis erlangt hat, beginnt die Frist. Auch ist dann der Aufenthaltsort desjenigen, welcher zuerst Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund erhält, für die Dauer der Frist maßgebend (Boehm S. 249 Anm. 2, Kuhlenbeck III. S. 35, Matthias V. S. 745, Planck V. S. 41). Erlangen beide gleichzeitig Kenntnis, so endigt nach dieser Ansicht die Frist mit der kürzesten Ausschlagungsfrist. Lebt z. B. der Erbe im Auslande, der Vertreter aber im Inlande, so kann der Erbe nicht mehr nach Ablauf der für den Vertreter begonnenen Frist ausschlagen.

Eine zweite Ansicht vertritt Frommhold S. 27: Er behauptet, nur die Kenntnis und der Aufenthaltsort des Vertreters seien gemäß § 166 entscheidend.

Binder I. S. 121, 122, Dernburg V. S. 412, 413, Enneccerus S. 130 Note 4, Wilke S. 21, Neumann, Handausg. II. S. 422, 423 dagegen halten die Kenntnis und den Aufenthaltsort des Vertretenen allein für maßgebend.

Die Motive V. S. 500 lassen die Frage offen. Bei Entscheidung der Streitfrage ist entgegen der Ansicht Frommholds a. a. O. zunächst festzuhalten, daß aus § 166 eine Beantwortung nicht erfolgen kann (ebenso Planck V. S. 41, Staudinger V. S. 69, Motive V. S. 501, Binder I. S. 122 Anm. 200). § 166 sagt, daß lediglich die Person des Vertreters in Betracht kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Kenntnis gewisser Umstände beeinflußt werden. Hier handelt es sich aber nicht um die rechtlichen Folgen einer abgegebenen Willenserklärung: es liegt überhaupt keine Willenserklärung vor, sondern eine gesetzliche Vorschrift, nach der sich der Beginn einer Frist nach der Kenntnis von gewissen Umständen regelt.

Die Entscheidung der Streitfrage liegt in den von Binder a. a. O. angeführten Gründen. Binder begründet seine Ansicht damit, daß die Kenntnis des Bevollmächtigten wirkungslos sein müsse, weil die Vollmacht sich in der Wirkung erschöpfe, daß die Handlung des Bevollmächtigten als Handlung des Vollmachtgebers wirke. Der Vertreter werde zur Erklärung, nicht zur Kenntnisnahme aufgestellt. Aehnlich folgert der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 420, 421: Der Erbe könne wohl seine Vertretung im Willen, nicht aber im Wissen auf einen Andern übertragen. Wenn Planck a. a. O. meint, die hier vertretene Auffassung widerspreche zweifellos dem Wesen der Stellvertretung, weil der Erbe die Kenntnis des von ihm bestellten Ver-

treters nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, so ist dem nicht beizutreten, weil es eine Vertretung zur Kenntnisnahme nicht gibt.

Gegen die Ansicht Frommholds sprechen weiter die daraus sich ergebenden praktischen Konsequenzen. Der Erbe würde sich trotz eigener Kenntnis auf die Unkenntnis des Vertreters berufen können und unter Umständen sogar sich der Pflicht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, durch Bestellung eines Vertreters ganz entziehen können, ein Umstand, der die Rechtssicherheit in erheblicher Weise beeinträchtigen würde (vergl. Dernburg a. a. O.).

Ein besonderes Erfordernis für den Beginn der Ausschlagungsfrist statuiert das B. G. B. in § 2306 Abs. 1. Wenn ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, und wenn der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt, so hat der Erbe das Recht, den Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. In diesem Falle beginnt die Ausschlagungsfrist erst, wenn der Erbe von der betreffenden Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt.

Auf den Lauf der Ausschlagungsfrist finden die §§ 203, 206 entsprechende Anwendung (§ 1944 Abs. 2 Satz 3). Diese Vorschrift findet nicht nur auf die in § 1944 Abs. 2 normierte 6wöchige Frist, sondern trotz der Nachstellung auch auf die in § 1944 Abs. 3 festgesetzte 6monatliche Frist Anwendung, weil einerseits der Sinn der Vorschrift dafür spricht, andererseits die Stellung des Abs. 3 gegenüber dem ersten Entwurf ohne jeglichen sachlichen Grund geändert ist (Staudinger V. S. 69, Wilke S. 21).

Der Lauf der Ausschlagungsfrist ist demnach gehemmt, solange der Ausschlagungsberechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt innerhalb der letzten 6 Wochen, bezw. 6 Monaten der Frist an der Ausübung des Ausschlagungsrechtes verhindert ist (§§ 1944, 203). Ist der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die Ausschlagungsfrist, die natürlich schon begonnen haben muß (Strohal II. S. 9), nicht vor dem Ablaufe von 6 Monaten, bezw. 6 Wochen nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört (§§ 1944, 206). Dies gilt auch, wenn der Erbe noch während des Laufs der ursprünglichen Frist von 6 Wochen, bezw. 6 Monaten nach Beginn der Frist unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört (Staudinger V. S. 69). Die Vorschrift findet jedoch keine Anwendung, wenn der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erbe prozeßfähig ist (§ 206 Abs. 2).

Ob der geschäftsfähig gewordene Erbe oder dessen neuer Vertreter Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft und von dem Berufungsgrunde erlangen, ist jetzt unerheblich (vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 421). Die gegenteilige, von Binder I. S. 79 ff. vertretene Ansicht beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, die Versäumung der Ausschlagungsfrist sei ein Rechtsgeschäft (vergl. unten).

Behauptet der Erbe im Prozesse, er habe die Erbschaft ausgeschlagen, so ist er hierfür beweispflichtig (Dernburg V. S. 414). Wendet dagegen der Gegner ein, die Ausschlagung sei nicht formgerecht oder verspätet erfolgt, so trifft ihn hierfür nach der Ansicht von Planck V. S. 39, 40, Staudinger V. S. 63, E. R. O. H. G. 2 S. 231, 232 die Beweislast, insbesondere habe er bei behaupteter verspäteter Ausschlagung den Fristbeginn, und somit die Kenntnis des Erben von Anfall und Berufungsgrund nachzuweisen (vergl. Kuhlenbeck III. S. 34). Demgegenüber könne jedoch der Erbe eventuell dartun, daß die Frist zu anderer Zeit begonnen habe oder länger sei, als vom Gegner zugegeben wurde.

Diesen Ausführungen ist aber nicht beizutreten: Der Erbe muß beweisen, daß er innerhalb der Ausschlagungsfrist formgerecht der Erbschaft entsagt habe (vergl. Dernburg V. S. 414, Borcherdt S. 101, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 419, O. Trib. 82 S. 10, Striethorst. Arch. 100 S. 49, Leonhard S. 430). Der Erbe hat darzutun, daß er das ihm zustehende Recht, die Erbschaft auszuschlagen, auf das er sich beruft, in rechtswirksamer Weise ausgeübt hat, daß er somit innerhalb der Ausschlagungsfrist ausgeschlagen hat. Hierzu ist vor allem der Nachweis erforderlich, wann die Frist begonnen hat, wann also der Erbe von Anfall und Berufungsgrund der Erbschaft Kenntnis erhalten hat. Dies Ergebnis entspricht auch dem praktischen Bedürfnis, weil der Erbe leicht Licht über die eigene Kenntnis oder Unkenntnis verbreiten kann, was der andere Teil in den meisten Fällen nur in unvollkommener Weise zu tun vermag (so Dernburg a. a. O.).

Hat der Erbe die Erbschaft ausgeschlagen und will der Nachberufene die Erbschaft für sich haben, so trifft ihn die Beweislast, daß der Zunächstberufene die Erbschaft form- und fristgerecht ausgeschlagen habe (Endemann III. S. 348).

§ 3.

Die Berechtigung zur Ausschlagung.

Die Ausschlagungserklärung ist, wie oben erwähnt, ein Rechtsgeschäft. Es finden auf sie daher die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechtsgeschäfte Anwendung. Hieraus folgt, daß nur eine voll geschäftsfähige Person die Ausschlagung wirksam vornehmen kann. Schlägt ein Geschäftsunfähiger aus, so ist die Ausschlagung gemäß § 105 nichtig. Hier ist lediglich der gesetzliche Vertreter — Vater, Mutter oder Vormund — des Geschäftsunfähigen zur Ausschlagung befugt. Ist der Erbe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er selbst ausschlagen, bedarf aber, weil es sich bei der Ausschlagung um eine einseitige Willenserklärung handelt, der vorherigen Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, widrigenfalls die Ausschlagung gemäß § 111 unwirksam ist. Jedoch ist auch hier zulässig, daß der gesetzliche Vertreter allein, d. h. ohne Mitwirkung des beschränkt Geschäftsfähigen, ausschlägt, weil ihm die Sorge für das Vermögen des Kindes zusteht (vergl. §§ 1627, 1630, 1793, ebenso Staudinger V. S. 65). Hat jedoch der Erblasser bestimmt, daß der Erwerb des Kindes der Verwaltung des

Vaters, bezw. eines anderen gesetzlichen Vertreters entzogen sein solle, so steht dem gesetzlichen Vertreter das Ausschlagungsrecht nicht zu, weil ihm das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, fehlt (§ 1638 Abs. 1). Hier bedarf es gemäß § 1909 vielmehr der Bestellung eines besonderen Pflegers, der dann zur Ausschlagung befugt ist.

Schlägt der gesetzliche Vertreter für den nicht voll geschäftsfähigen Erben aus, so bedarf er grundsätzlich zur Ausschlagung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1643 Abs. 2, 1822 Abs. 2). Eine Ausnahme tritt jedoch für den Fall ein, daß ein Kind unter väterlicher oder mütterlicher Gewalt steht, und daß die Erbschaft dem Kinde erst infolge der Ausschlagung seitens des Vaters oder der Mutter angefallen ist. Man hat hier von einer Genehmigung absehen zu dürfen geglaubt, weil Vater oder Mutter die Annahme der Erbschaft für ihre eigene Person bereits für unvorteilhaft hielten (vergl. Motive V. S. 515). Anders liegt der Fall jedoch, wenn Kind und Vater oder Mutter als Miterben berufen werden. Hier bedarf der Vater oder die Mutter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, und zwar für die Kindeserbschaft sowohl als auch für die dem Kinde erst durch die Ausschlagung des Vaters oder der Mutter anfallende Erbschaft (§ 1643 Abs. 2, vergl. auch E. F. G. 2 S. 216, Cosack II. S. 706), weil der Gewalthaber durch die Ausschlagung der Kindeserbschaft dessen Erbteil für sich erstreben könnte (Kipp III. S. 438).

Die Genehmigung zur Ausschlagung kann nur dem gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt werden, eine in anderer Weise erteilte Genehmigung kann eine wirksame Ausschlagung nicht zur Folge haben (vergl. §§ 1643 Abs. 3, 1828).

Gemäß §§ 1643 Abs. 3, 1831 ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vor der Erklärung der Ausschlagung einzuholen, widrigenfalls die Ausschlagung unwirksam ist. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß die Genehmigung vor der Beurkundung der Erklärung erteilt ist, es genügt, daß sie in dem Zeltpunkt, in welchem die Ausschlagungserklärung wirksam wird, also wenn sie dem zuständigen Nachlaßgericht zugeht, vorhanden ist (vergl. O. L. G. 11 S. 225, Recht 1905 S. 292). Die Bestimmung des § 1831, daß ein Rechtsgeschäft unwirksam ist, wenn der gesetzliche Vertreter die Genehmigung nicht in schriftlicher Form vorlegt und das Nachlaßgericht das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, findet keine Anwendung, weil die Ausschlagung nicht einem „Andern" gegenüber im Sinne des B. G. B. vorzunehmen ist (vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 421). Die vormundschaftliche Genehmigung kann daher, vorausgesetzt, daß sie rechtzeitig erteilt ist, auch nach Fristablauf noch nachgebracht werden (vergl. Laubhardt Z. Bl. F. G. 11 § 200 in Neumann, Jahrbuch IX. Ziffer 1 zu § 1831). Eccius in Gruchot 44 S. 768 (ebenso Peters S. 21) ist der Ansicht, die Ausschlagungserklärung falle als eine einem Andern gegenüber abzugebende Willenserklärung unter § 1831 Satz 2. Eccius folgert dann weiter, das Nachlaßgericht sei verpflichtet, die Ausschlagungserklärung zurückzuweisen, wenn nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingereicht

sei. Selbst wenn man sich der Ansicht von Eccius bezüglich der Rechtsnatur der Ausschlagungserklärung anschließen wollte, würde man dieser Folgerung nicht beipflichten können: Das Nachlaßgericht wird natürlich in der Regel eine schriftliche Genehmigung fordern, weil sie der beste Beweis ist, daß die Genehmigung auch wirklich erteilt ist. Erachtet jedoch das Nachlaßgericht den Nachweis, daß die Genehmigung erfolgt ist, bereits in anderer Weise für erbracht, so kann es von der Vorlegung der schriftlichen Genehmigung absehen. § 1831 drückt eben nur eine Berechtigung, nicht auch eine Verpflichtung des Nachlaßgerichtes aus. Diese Ansicht dürfte durch den Hinweis auf den im Wortlaute mit § 1831 übereinstimmenden § 111 bestätigt werden (vergl. Boschan II. S. 207, welcher auch nur die Erteilung, nicht auch die Einreichung der Genehmigung an das Nachlaßgericht für erforderlich hält, und Rohde Z. Bl. F. G. 10 S. 746 in Neumann, Jahrb. IX. Ziffer 2 zu § 1831). Ist die Genehmigung zur Ausschlagung zwar rechtzeitig beantragt, aber nicht rechtzeitig erteilt, so wird dadurch praktisch die Ausschlagungsfrist um die Zeit der gerichtlichen Erwägung verlängert. Auf Grund welcher Vorschrift dies geschieht, ist jedoch bestritten. Eccius in Gruchot 44 S. 769 folgert dies aus §§ 1944 Abs. 2, 203, indem er den Umstand, daß das Gericht die rechtzeitig erbetene Genehmigung erst erteilt, nachdem die Frist abgelaufen ist, als höhere Gewalt ansieht, die den gesetzlichen Vertreter an der wirksamen Abgabe der beabsichtigten Erklärung gehindert hat. Eine weitere Ansicht folgert dies dagegen aus §§ 1944 Abs. 2, 206 (Breit in Z. Bl. F. G. 4 S. 579). Der Ansicht von Eccius dürfte beizutreten sein. Gegen die Ansicht Breits spricht der Umstand, daß man den Erben nicht als unvertreten ansehen kann, wenn der Vertreter nur durch nicht rechtzeitiges Eingehen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an der Ausschlagung verhindert wird (so Rohde Z. Bl. F. G. 10 S. 786 in Neumann, Jahrb. IX. Ziffer 1 zu § 1944). Wenn Rohde dann aber weiter folgert, die Ausschlagungsfrist laufe infolgedessen ab, und das einzige Mittel, dem Erben zu helfen, sei Anfechtung der Fristversäumnis gemäß § 1956, so ist dem nicht beizupflichten. Die Anfechtung der Fristversäumnis wegen Irrtums — diese wird hier in Betracht kommen — ist nur in seltenen Fällen (vergl. unten) möglich. Es wird daher schon aus Billigkeitsrücksichten angebracht sein, einen stets zulässigen Weg zu suchen, und dieser liegt eben in § 1944 Abs. 2 in Verbindung mit § 203, gegen deren Anwendung nichts einzuwenden sein dürfte.

Der geschäftsfähige Erbe ist nicht verpflichtet, persönlich die Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte vorzunehmen. Er kann einem Dritten Vollmacht zur Ausschlagung erteilen. Daß dies zulässig ist, ergibt sich aus § 1945 Abs. 2. Der Bevollmächtigte kann dann für den Erben die Ausschlagungserklärung abgeben, vorausgesetzt, daß die Befugnis zur Ausschlagung in den Umfang seiner Vertretungsmacht fällt. Im gemeinen Recht war bestritten, ob hier eine Spezialvollmacht erforderlich war, oder ob eine Generalvollmacht genügte. Die herrschende Meinung hielt eine Spezialvollmacht für erforderlich. So schrieb auch der erste Entwurf zum

B. G. B. noch Spezialvollmacht vor (Protokolle V. S. 626). Im B. G. B. dagegen kann kein Zweifel bestehen, daß eine Spezialvollmacht nicht erforderlich ist. Ob die Ausschlagungsberechtigung unter die Vertretungsmacht fällt, ist im B. G. B. lediglich Auslegungsfrage (Kipp III. S. 438). Die Entscheidung ergibt sich durch Erforschung des in der Vollmacht zum Ausdruck gebrachten Willens des Vollmachtgebers.

Die eine Erbschaftsausschlagung umfassende Vollmacht bedarf zu ihrer Wirksamkeit der öffentlichen Beglaubigung (§ 1945 Abs. 2). Diese Bestimmung stellt sich dar als eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des § 167 Abs. 2, wonach die Erteilung der Vollmacht nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Die Ausnahmebestimmung ist jedoch mit Rücksicht auf die einschneidenden Wirkungen der Ausschlagung im Interesse der Rechtssicherheit geboten.

Der Bevollmächtigte muß seine Vollmacht der Ausschlagungserklärung beifügen oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachbringen (§ 1945 Abs. 2 Satz 2). Hiermit ist jedoch nicht gesagt, daß die Vollmacht auch nach der Ausschlagungserklärung erst erteilt zu werden braucht. Die auf Grund einer solchen Vollmacht abgegebene Ausschlagungserklärung wäre vielmehr auf Grund von § 180 unwirksam, weil bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig ist. Ist jedoch trotzdem von dem noch nicht bevollmächtigten Vertreter die Ausschlagungserklärung abgegeben worden, so wird man dann in der nachträglichen Genehmigung eine Ausschlagungserklärung finden können, wenn die Genehmigung formgerecht erteilt wird (ebenso Kipp III. S. 438).

Ein für den Erben bestellter Pfleger ist nicht stets zur Ausschlagung einer dem Erben angefallenen Erbschaft berechtigt. Zweifellos hat der gemäß § 1909 Abs. 1, Abs. 3 für den Fall der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung des Gewalthabers oder Vormunds bestellte Pfleger die Befugnis zur Ausschlagung (Strohal II. S. 7). Auch der gemäß § 1911 für den abwesenden Erben bestellte Abwesenheitspfleger kann für den Erben die Ausschlagungserklärung abgeben, ebenso der gemäß § 1910 bestellte Gebrechlichkeitspfleger. In diesen beiden Fällen ist jedoch zu berücksichtigen, daß der unter Pflegschaft stehende Volljährige in der Geschäftsfähigkeit durch die Anordnung der Pflegschaft nicht beeinträchtigt wird, und daß er daher neben dem Pfleger die Ausschlagung vornehmen kann. Es können sich hier Kollusionen ergeben. Hat entweder nur der Pfleger oder nur der Volljährige die für den Beginn der Ausschlagungsfrist maßgebliche Kenntnis, so beginnt hiermit sowohl für den Volljährigen wie für den Pfleger die Ausschlagungsfrist (vergl. Strohal II. S. 7 f.).

Nicht zur Ausschlagung befugt ist dagegen der gemäß § 1912 bestellte Pfleger der Leibesfrucht, weil es sich erst mit der Geburt des Kindes entscheidet, ob dieses Erbe geworden ist, mit welchem Zeitpunkt aber zugleich die Pflegschaft der Leibesfrucht endigt (§ 1918 Abs. 2). Auch der gemäß § 1960 bestellte Nachlaßpfleger kann nicht ausschlagen, weil eine Ausschlagung

außerhalb seiner Aufgaben liegen würde, weil er nicht eine bestimmte Person vertritt, welcher als Erben das Ausschlagungsrecht zusteht, sondern denjenigen, welcher Erbe wird (Planck V. S. 37, Motive V. S. 550, Staudinger V. S. 65, Hörle Z. Bl. F. G. 9 S. 711 f. in Neumann, Jahrb. VIII. Note 3 zu § 1943).

Ist ein Pfleger zur Ausschlagung der Erbschaft berechtigt, so bedarf er hierzu gemäß §§ 1915, 1822 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Ist eine Ehefrau Erbin, so ist sie berechtigt, ohne die Zustimmung ihres Ehemanns die ihr angefallene Erbschaft auszuschlagen. Dies gilt in gleicher Weise für die Güterstände der Verwaltungsgemeinschaft (§ 1406 Ziffer 1), der Gütergemeinschaft (§ 1453 Abs. 1), Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 Abs. 2, 1525 Abs. 2) und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549, 1550 Abs. 2).

Gerät der Erbe in Konkurs und fällt ihm die Erbschaft nach der Eröffnung des Konkurses an, so steht ihm allein das Recht zu, die Erbschaft auszuschlagen. Nimmt er die Erbschaft an, so gehört sie nicht zur Konkursmasse. Dies folgt aus § 1 K. O., wonach nur das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners die Konkursmasse bildet. Fällt die Erbschaft vor Eröffnung des Verfahrens an und wird der Konkurs eröffnet, bevor der Erbe sich für Annahme oder Ausschlagung entschieden hat, so steht die Ausschlagung auch nur dem Gemeinschuldner zu (§ 9 K. O.) Diese gegen den Grundsatz des unmittelbaren Erbschaftserwerbes verstoßende Bestimmung ist deshalb geboten, weil bei der Ausschlagung einer Erbschaft nicht nur vermögensrechtliche, sondern auch persönliche Motive mitspielen (Sydow-Busch K. O. S. 56). Dem Konkursverwalter steht somit ein Ausschlagungsrecht nicht zu, auch kann er die einmal vom Gemeinschuldner vollzogene Ausschlagung nicht anfechten (Staudinger V. S. 65), gleichviel aus welchen Gründen der Gemeinschuldner ausgeschlagen hat, weil die Anfechtung im Ergebnisse zu einer Verletzung des § 9 K. O. führen müßte (Jaeger S. 90). Wilke S. 21 hält den Konkursverwalter für berechtigt, wenn zu der Masse eine angenommene Erbschaft gehört, in welcher eine andere noch nicht angenommene Erbschaft enthalten ist, diese Erbschaft auszuschlagen, weil hierin nicht die Ausschlagung einer dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft, sondern nur eine Verfügung über die schon zur Konkursmasse gehörige Erbschaft liege. Diese Ausführungen widersprechen jedoch dem in § 9 K. O. ausgesprochenen Grundgedanken (vergl. Jaeger S. 89, Binder I. S. 135, 136). Auch außerhalb des Konkurses ist eine Anfechtung der Ausschlagung wegen Gläubigerbenachteiligung auf Grund des Anfechtungsgesetzes unzulässig (Planck V. S. 65, Borcherdt S. 103, Jaeger S. 90, E. R. G. 54 S. 295, O. L. G. 4 S. 175, 6 S. 67). Eine andere Ansicht vertritt Pelargus S. 112, weil im Sinne des Gesetzes in der Ausschlagung nicht ein Verzicht auf ein bereits erworbenes Recht, sondern vielmehr die Nichtannahme eines angetragenen Rechts liege (vergl. oben).

Nimmt der Gemeinschuldner die vor Eröffnung des Verfahrens angefallene Erbschaft an, so fällt diese gemäß § 1 K. O. in die Konkursmasse, weil die Erbschaft bereits vor der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Erben gehörte (Matthiass S. 745, Strohal II. S. 18).

Hat der Erblasser Vorerben und Nacherben eingesetzt, so ist es selbstverständlich, daß der Vorerbe nicht mit Wirkung für den Nacherben ausschlagen kann. Schlägt der Vorerbe aus, so wird der Nacherbe vielmehr unmittelbar Erbe an seiner Stelle (Endemann III. S. 169 Anm. 7). Zu Unrecht unterscheidet Binder I. S. 139, 140, ob der Erblasser den Zeitpunkt, in welchem die Nacherbfolge eintreten sollte, festgesetzt hat oder nicht. Letzterenfalls stimmt er mit unserem Ergebnis überein, ersterenfalls will er dem Erben des Vorerben dessen Stellung einräumen. Dies ist aber nicht angängig, weil im Zweifel die Einsetzung als Nacherbe auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält (§ 2102 Abs. 1).

Stirbt jedoch der Erbe vor Ablauf der Ausschlagungsfrist und hinterläßt seinerseits Vorerben und Nacherben, so kann der Vorerbe die seinem Erblasser angefallene Erbschaft auch ohne Zustimmung des Nacherben mit Wirkung für diesen ausschlagen (Matthiass S. 745, Planck V. S. 944, Staudinger V. S. 83, Binder I. S. 140, Frommhold S. 32, Pelargus S. 203).

Diese Befugnis des Vorerben wird zu Unrecht verneint von Wilke S. 26, weil das Verbot der unentgeltlichen Verfügung des Vorerben über einen Nachlaßgegenstand entgegenstehe (§§ 2113 Abs. 2, 2136), denn wenn auch die Ausschlagung einer Erbschaft keine Schenkung sei, so erfolge sie doch unentgeltlich. Eine unmittelbare Entscheidung der Streitfrage läßt sich zwar, wie Binder a. a. O. meint, aus § 2112 nicht ableiten, weil die Ausschlagung der Erbschaft keine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand ist (vergl. Protokolle V. S. 618, 130). Schon deswegen ist auch die Ansicht Wilke's nicht haltbar. Für die im Text vertretene Ansicht spricht weiter einerseits der Grundsatz, welcher dem Verfügungsrecht des Vorerben zu Grunde liegt, daß nämlich der Vorerbe berechtigt ist, mit Wirkung für den Nacherben über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen (vergl. Planck V. S. 288), und andererseits die bereits in der Einleitung erwähnte Auffassung der Ausschlagung, die sich nicht als Aufgabe eines bereits erworbenen, sondern als Nichtannahme eines angetragenen Rechts darstellt. Die Motive V. S. 494 überlassen die Frage der Rechtswissenschaft zur Entscheidung, erwähnen aber zugleich eine Reihe praktischer Momente, welche für die hier vertretene Auffassung sprechen.

Das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, steht an sich jedem Erben zu. Eine Ausnahme macht nur der Fiskus. Er kann die ihm als gesetzlichem Erben angefallene Erbschaft nicht ausschlagen (§ 1942 Abs. 2). Ist jedoch der Fiskus als testamentarischer Erbe berufen, so steht ihm das Ausschlagungsrecht zu, was jedoch nicht hindert, daß er dieselbe Erbschaft annehmen muß, wenn sie ihm später als gesetzlichem Erben wieder anfällt (Goldmann-Lilienthal S. 317 Anm. 3, Staudinger V. S. 61, Hoerle im Recht 1904 S. 369 ff.). Auch kann der Fiskus nicht durch Vertrag mit dem Erblasser gemäß § 2346 auf sein gesetzliches Erbrecht verzichten. Ebensowenig kann er durch Testament gemäß § 1938 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden (Staudinger V. S. 48, Planck V. S. 38). Der Erbschaftserwerb des Fiskus als gesetzlicher Erbe ist somit von Anfang an ein end-

gültiger. Der Grund hierfür ist, zu verhüten, daß eine Erbschaft ohne Erben verbleibt und dann dem freien Aneignungsrecht anheimfällt (Planck V. S. 38, Endemann III. S. 339, Frommhold S. 26, Küntzel in Gruchot 41 S. 584, 585). Damit jedoch der Fiskus durch eine überschuldete Erbschaft nicht materiell Nachteil erleidet, ist seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten von vornherein kraft Gesetzes beschränkt. Insbesondere kann der Fiskus, weil ihm als gesetzlichem Erben eine Inventarfrist nicht gesetzt werden kann, das Recht der Haftungsbeschränkung nicht verlieren. Auch braucht ihm, wenn er als gesetzlicher Erbe verurteilt ist, die Geltendmachung der Beschränkung seiner Haftung im Urteile nicht vorbehalten zu werden, die Beschränkung der Haftung tritt vielmehr ohne weiteres ein.

Der Fiskus ist gesetzlicher Erbe, wenn zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist, und zwar ist Erbe der Fiskus des Bundesstaats, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat. Hat der Erblasser mehreren Bundesstaaten zu gleicher Zeit angehört, so ist der Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Anteil zur Erbfolge berufen. Unter den mehreren Fiski entsteht dann ein Miterbenverhältnis in Gemäßheit der §§ 2032 ff. War der Erblasser ein Deutscher, der keinem Bundesstaate angehörte, so ist der Reichsfiskus gesetzlicher Erbe (§ 1936).

Wie sich aus E. G. B. G. B. Art. 24, 25 ergibt, finden die Vorschriften über das Erbrecht nur Anwendung, wenn der Erblasser ein Deutscher ist. Ist der Erblasser ein Ausländer, so kann ein gesetzliches Erbrecht eines deutschen Fiskus nicht entstehen. Hatte jedoch der Erblasser früher die deutsche Staatsangehörigkeit besessen, sie jedoch verloren, ohne eine andere Staatsangehörigkeit erworben zu haben, so wird gemäß Art. 29 E. G. B. G. B. das Erbrecht des B. G. B. Anwendung finden und der Fiskus desjenigen Bundesstaats, dem er zuletzt angehört hat, bezw. der Reichsfiskus der gesetzliche Erbe sein. War der Erblasser zugleich deutscher und fremder Staatsangehöriger, so ist nach B. G. B., soweit nicht Staatsverträge entgegenstehen, die fremde Staatsangehörigkeit zu ignorieren (vergl. Planck V. S. 27, Hoerle im Recht 1904 S. 372).

Gemäß Art. 138 E. G. B. G. B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen an Stelle des Fiskus im Falle des § 1936 B. G. B. eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts gesetzlicher Erbe ist, unberührt. Diese Personen des öffentlichen Rechts können demnach nicht ausschlagen, wenn hinter ihnen niemand mehr berufen ist. Ist jedoch nach Landesrecht hinter ihnen noch der Fiskus berufen, oder sind mehrere derartige Personen hintereinander berufen, so fehlt nur dem Fiskus bezw. der zuletzt berufenen Person das Ausschlagungsrecht (vergl. Kipp III. S. 473).

Von dem Vorbehalt des Art. 138 E. G. B. G. B. haben mehrere Bundesstaaten und zwar Bayern, Württemberg, Mecklenburg-Strelitz, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Baden, Hamburg, Lippe, Schaumburg-Lippe, Oldenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Sachsen-Coburg-Gotha, Waldeck-Pyrmont, keinen Gebrauch gemacht. Von Bedeutung ist der Vorbehalt für

Preußen (A. G. B. G. B. Art. 89 Ziff. 1 c): an die Stelle des Fiskus tritt zum Beispiel die Stadtgemeinde Berlin (vergl. Holtze in Gruchot 37 S. 323, Crusen-Müller II. S. 775, E. K. G. 24 S. 62); sodann für Mecklenburg-Schwerin (A. G. B. G. B. § 252): die Städte Rostock und Wismar treten an die Stelle des Fiskus für Erblasser, welche der städtischen Gerichtsbarkeit von Rostock oder Wismar unterstehen; weiter für Sachsen-Weimar (A. G. B. G. B. § 231): hat der Erblasser zur Zeit des Todes der Universität Jena angehört, so ist die Universität Jena und, wenn der Erblasser in ein Kranken- oder Armenhaus einer Gemeinde aufgenommen und darin verstorben ist, die Gemeinde an Stelle des Fiskus gesetzlicher Erbe; ferner für Braunschweig (A. G. B. G. B. § 112): fällt dem Fiskus als gesetzlichem Erben eine Erbschaft in der Stadt Wolfenbüttel an, so ist er verpflichtet, dieser die Hälfte des Werts der Erbschaft herauszugeben; endlich für Elsaß-Lothringen (A. G. B. G. B. §§ 166, 167): an die Stelle des Fiskus tritt das Pflegehaus, wenn ein unter der Vormundschaft der Verwaltung eines Pflegehauses stehender Minderjähriger ohne Hinterlassung von Verwandten oder eines Ehegatten stirbt. Stirbt eine in ein Spital oder ein Pflegehaus aufgenommene Person, welche nicht unter der Vormundschaft der Verwaltung eines Pflegehauses steht, ohne Hinterlassung von Verwandten oder eines Ehegatten, so fallen die von ihr in die Anstalt eingebrachten, zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen an Stelle des Fiskus der Anstalt zu. Ist in letzterem Falle der Verstorbene unentgeltlich verpflegt worden, so fallen die eingebrachten und zum persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen der Anstalt auch bei Vorhandensein anderer Erben zu.

In einer Reihe von Staaten sind gemäß Art. 139 E. G. B. G. B. Erbrechte der Armenverbände und dergl., die aber nicht an Stelle des Fiskus gesetzliche Erben werden, denen vielmehr noch das Ausschlagungsrecht zusteht, erhalten worden: so in Anhalt (A. G. B. G. B. Art. 72), Bremen (A. G. B. G. B. § 62), Hessen (A. G. B. G. B. Art. 127, 128), Lübeck (A. G. B. G. B. §§ 142 ff.), Preußen (A. G. B. G. B. §§ 141 ff.), Reuß ältere Linie (A. G. B. G. B. §§ 141 ff.), Reuß jüngere Linie (A. G. B. G. B. §§ 131 ff.), Sachsen (A. G. B. G. B. §§ 42 ff.), Schwarzburg-Rudolstadt (A. G. B. G. B. Art. 186).

Die landesgesetzlichen Bestimmungen, wonach Personen des öffentlichen Rechts ein über das Erbrecht des Fiskus hinausgehendes Erbrecht gewährt wird, wie insbesondere das früher vielfach bestehende Erbrecht der Kirchen gegenüber den Geistlichen, werden durch Art. 138 E. G. B. G. B. nicht gedeckt. Die Landesgesetze können diese Erbrechte jedoch dadurch umgestalten, daß sie ihnen den Inhalt des gesetzlichen Erbrechts des Fiskus geben und sie an dessen Stelle setzen. (Vergl. Fischer-Henle S. 1361 zu Art. 138 Note 2).

§ 4.

Die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts.

Das Ausschlagungsrecht ist kein höchstpersönliches, an die Person des Erben gebundenes, sondern ein vererbliches Recht. Dies steht im Ein-

klang mit den im B. G. B. vertretenen Grundsätzen der Universalsuccession und des Erbschaftserwerbes kraft Gesetzes (vergl. Binder I. S. 133). Mit der sonstigen Erbschaft des Erben geht auch das Recht des Erben, seines Erblassers Erbschaft auszuschlagen, auf den Erbeserben über (§ 1952 Abs. 1). Dieser Uebergang vollzieht sich natürlich nur solange, als der Erbe das Ausschlagungsrecht durch Fristversäumung oder Annahme noch nicht verloren hat.

Bestimmt der Erblasser, daß der Erbe nicht mehr Erbe sein solle, wenn er zwar nach ihm, aber vor dem definitiven Erwerbe der Erbschaft sterbe, d. h. schließt der Erblasser die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes des Erben aus, so verstößt er hierdurch gegen den Grundsatz des Erbschaftserwerbes kraft Gesetzes. Eine derartige Verfügung bleibt nur wirksam, wenn sie sich als bedingte Erbeinsetzung, abhängig nämlich von der auflösenden Bedingung, daß der Erbe vor der Annahme der Erbschaft sterbe, aufrecht erhalten läßt (vergl. Motive V. S. 492, 493).

Der Erbeserbe kann nun entweder beide Erbschaften ausschlagen, oder die Erbenerbschaft annehmen und die Erbschaft des ersten Erblassers ausschlagen, nicht aber ist er berechtigt, die Erbschaft des ersten Erblassers anzunehmen und die Erbenerbschaft auszuschlagen, weil jene ein Bestandteil der Erbenerbschaft ist (Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 426, Motive V. S. 502, Kipp III. S. 438).

Schlägt der Erbeserbe die Erbschaft des Erblassers aus, so wird in dieser Ausschlagung in der Regel die Annahme der Erbenerbschaft liegen (Binder I. S. 133, 134). Unrichtig wäre es, mit Wilke S. 20 hier stets die Annahme der Erbenerbschaft für vorliegend zu erachten. Der Grund Wilkes, der Erbe könne die Ausschlagung der Erbschaft des Erblassers nur erklären, wenn er die Erbenerbschaft annehmen wolle, ist nicht schlüssig. Goldmann-Lilienthal S. 319 Anm. 3, den Wilke unrichtigerweise für seine Ansicht anführt, erachtet nur „in der Regel“ eine stillschweigende Annahme der Erbenerbschaft für gegeben.

Ebenso wird in der Regel in der Annahme der Erbschaft des Erblassers auch die Annahme der Erbenerbschaft liegen. Ist dies jedoch nicht der Fall, und schlägt nachher der Erbeserbe die Erbenerbschaft aus, so verliert er rückwärts die Legitimation zur Erklärung über die Erbschaft des Erblassers (Dernburg V. S. 413), deren Annahme dann wirkungslos ist. Dernburg führt als gegenteilige Ansicht Köhne und Feist S. 229 an. Aber zu Unrecht. Dernburgs Auffassung beruht auf einem Mißverständnis. Während Dernburg die Erbenerbschaft als erste und die Erbschaft des Erblassers als „zweite“ bezeichnet, verfahren Köhne und Feist umgekehrt.

Wilke S. 21 meint, daß, falls eine Erbschaft, in betreff deren die Ausschlagungsfrist noch läuft, zum Nachlaß gehört, und falls ein zur Nachlaßverwaltung befugter Testamentsvollstrecker ernannt ist, diesem und nicht dem Erbeserben das Ausschlagungsrecht über diese Erbschaft auf Grund der §§ 2205, 2211 zustehe, daß der Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 die Ausschlagung aber nicht erklären dürfe, wenn sie sich als unentgeltliche

Verfügung darstelle. Dem ist aber nicht beizutreten. Die §§ 2205, 2211 können hier keine Anwendung finden, weil in der Ausschlagung der Erbschaft keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand liegt (vergl. unten).

Eine Besonderheit gilt hinsichtlich der Ausschlagungsfrist des Erbeserben. An sich könnte bei Fehlen einer Sonderbestimmung dem Erbeserben keine bessere Stellung hinsichtlich der Frist eingeräumt werden als dem ersten Erben, an sich hat der Erbeserbe daher, vorausgesetzt, daß die Frist für den Erben bereits begonnen hat, das Ausschlagungsrecht nur noch für die Zeit, welche noch nicht von der Frist des Erben verstrichen ist. Weil jedoch eine Unbilligkeit gegenüber dem Erbeserben darin liegen würde, daß er sich über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft des Erblassers, über die er in der Regel noch weniger orientiert sein wird als über die Erbenerbschaft, bereits schlüssig werden müßte, bevor die Frist zur Ausschlagung der Erbenerbschaft verstrichen wäre (vergl. Dernburg V. S. 414), so ordnet das Gesetz an, daß, falls der Erbe vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist stirbt, die Frist nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist endigt (§ 1952 Abs. 2). Natürlich kann die Ausschlagungsfrist für die Erbschaft des Erblassers später endigen als jene (Goldmann-Lilienthal S. 321 Anm. 2), dann fällt aber auch die Unbilligkeit gegenüber dem Erbeserben fort.

Planck V. S. 248 (ebenso Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 426, Jacobsen S. 69, 70) ist der Ansicht, § 1952 Abs. 2 setze voraus, daß die Ausschlagungsfrist für den ersten Erben bereits begonnen habe. Planck folgert dies aus dem Wortlaute des § 1952 Abs. 2. Dem ist aber nicht beizutreten. Wenn zunächst § 1952 Abs. 2 von dem „Ablauf der Ausschlagungsfrist" spricht, so liegt darin nicht, wie Planck meint, daß die Frist schon begonnen habe, sondern nur, daß die Frist noch nicht abgelaufen sei. Wäre die Ansicht Plancks richtig, so hätte die betreffende Stelle anstatt „vor Ablauf der Ausschlagungsfrist" „vor Beginn der Ausschlagungsfrist" lauten müssen. Auch trifft der praktische Zweck, den § 1952 Abs. 2 verfolgt, in derselben Weise zu, wenn der Erbe vor Beginn der Ausschlagungsfrist stirbt, wie wenn er die Ausschlagungsfrist in Lauf setzt. Angenommen, A. stirbt am 1. Oktober im Inlande, sein Erbe B. am 1. November im Auslande, ohne Kenstnis von dem Tode des A. zu haben, ohne daß also die Ausschlagungsfrist für ihn begonnen hat. B.'s Erbe C. erfährt im Inlande von den beiden Erbfällen zugleich am 15. November. Jetzt würde nach der Ansicht Plancks die Ausschlagungsfrist gemäß § 1944 für die Erbschaft des A. 6 Wochen ab 15. November, für die Erbschaft des B. jedoch 6 Monate ab 15. November betragen. Der Erbeserbe würde daher gezwungen sein, sich über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft des A. eher schlüssig zu werden, als über die Erbschaft des B., obgleich ihm jene Erbschaft durch diese anfällt. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb in diesem Falle dem Erbeserben die Wohltat des § 1952 Abs. 2 nicht zu Teil werden sollte, während sie ihm, falls zufällig der Erbe die Ausschlagungsfrist für die Erbschaft des Erblassers in Lauf gesetzt hätte, zuteil würde, (zustimmend Strohal II. S. 12,

Cosack II. S. 709, Binder I. S. 84, Fischer-Henle S. 1061 zu § 1952 Anm. 2, Köhne-Feist S. 230).

Hatte die Ausschlagungsfrist für den Erben noch nicht begonnen, und beginnt sie erst nach seinem Tode, so sind die den Fristbeginn und die Fristdauer bestimmenden Merkmale, d. h. Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund und Aufenthaltsort, gemäß § 1944 aus der Person des Erbeserben allein zu entnehmen (Kipp III. S. 438, Binder I. S. 83, Dernburg V. S. 413, 414, Planck V. S. 48, Staudinger V. S. 82). Hatte dagegen die Ausschlagungsfrist für den Erben bereits begonnen und ist er vor Ablauf der Frist gestorben, so kommt es nicht mehr darauf an, ob der Erbeserbe überhaupt einmal und wann er Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund an den Erben und damit an sich selbst erlangt. Die Frist ist durch den Erben einmal in Lauf gesetzt, und wird durch seinen Tod nicht unterbrochen, weil § 1952 Abs. 2 nicht zu einer Unterbrechung, sondern lediglich unter Umständen zu einer Verlängerung der Frist führen kann (Planck V. S. 48, Strohal II. S. 12, Kipp III. S. 437, 438, Kuhlenbeck III. S. 40, Jacobsen S. 70, 71, Müller-Meikel II. S. 449, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 426, Borcherdt S. 100, Wilke S. 25, 26, Neumann Handausg. II. S. 426, Frommhold S. 31, 32, Goldmann-Lilienthal S. 321, Enneccerus S. 131, 132).

Diese Ausführungen sind jedoch nicht unbestritten. Einerseits behaupten Endemann III. S. 350 Anm. 16, Binder I. S. 84, Motive V. S. 502, der Rest der Ausschlagungsfrist beginne für den Erbeserben erst zu laufen, wenn er von Anfall und Berufungsgrund Kenntnis erlangt habe, andererseits behauptet Staudinger V. S. 82, der Erbeserbe müsse irgend einmal vor dem Ende der Frist Kenntnis von dem Anfalle der seinem Erblasser angefallenen und seiner Ausschlagung noch offenstehenden Erbschaft erlangt haben. Als Grund für seine Ansicht führt Endemann a. a. O. an, § 1952 Abs. 2, müsse zur sinngemäßen Ergänzung herangezogen werden, während Staudinger a. a. O. meint, begriffsmäßig sei es nötig, daß der Erbe irgend einmal Kenntnis erlangt, weil sich sonst die Folgerung des § 1943 aus dem Ablaufe der Frist nicht rechtfertigen lasse, denn eine Erbschaft, von der man nicht wisse, könne man nicht ausschlagen, und auch nicht durch Fristversäumnis annehmen.

Es ist zuzugeben, daß die hier vertretene Ansicht unter Umständen gewisse Härten für den Erbeserben mit sich bringen kann, da er eventuell ohne sein Wissen und Wollen eine Erbschaft erworben hat. Auch wird dem Erbeserben ein Anfechtungsrecht gemäß §§ 1956, 119 nicht zustehen, (vergl. unten. Anderer Ansicht: Enneccerus a. a. O.) Rechtlich jedoch ist sowohl die Ansicht Endemann's wie die Staudinger's unhaltbar. Denn weder für die sinngemäße Ergänzung aus § 1944 Abs. 2, noch für das Erfordernis, der Erbeserbe müsse irgend einmal von Anfall und Berufungsgrund Kenntnis erlangt haben, gibt das Gesetz einen Anhaltspunkt. Auch läßt sich gegen Staudinger die Folgerung des § 1943 sehr wohl aus dem Ablaufe der Frist rechtfertigen, weil einerseits dem Erben das Ausschlagungsrecht nicht fehlt, er vielmehr nur nicht weiß, daß es ihm zusteht, und somit der „Möglichkeit", die Erbschaft auszuschlagen, nichts im Wege steht, und andererseits auch

sonst die Annahme der Erbschaft durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist nicht von der Kenntnis des Erben abhängig, weil sie nicht als Rechtsgeschäft anzusehen ist (vergl. unten). Auch würde die Ansicht Staudingers für den Fall, daß der Erbeserbe während der Ausschlagungsfrist keine Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund erlangt, zu einer Verlängerung der Frist führen müssen, wofür aber jede gesetzliche Handhabe fehlt.

Hinterläßt der Erbe mehrere Erbeserben, so würden diese nach den in den §§ 2038, 2040 enthaltenen Grundsätzen der Miterbengemeinschaft — wenn auch eine direkte Anwendung der Paragraphen nicht angängig ist, weil die Erbschaft des Erblassers nicht als Nachlaßgegenstand und die Ausschlagung nicht als Verfügung über einen solchen anzusehen ist — nur gemeinschaftlich die Ausschlagung der Erbschaft des Erblassers erklären können (vergl. Binder I. S. 135, Planck V. S. 48). Es entspricht aber der Billigkeit und dem Verkehrsbedürfnis (Motive V. S. 493), daß jeder Erbeserbe den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen kann (§ 1952 Abs. 3). Diese Bestimmung bildet eine Ausnahme des Grundsatzes, daß die Ausschlagung eines Teiles der Erbschaft unwirksam ist.

Schlägt nun einer der mehreren Erbeserben den auf ihn entfallenden Anteil aus, so entsteht die Frage, ob dieser Anteil den anderen Erbeserben oder den Erben des ersten Erblassers zufällt. In der Literatur ist die Frage sehr bestritten. Dafür, daß der ausgeschlagene Anteil den Erben des ersten Erblassers anfällt, sprechen sich aus: Cosack II. S. 709, Hachenburg S. 656, Boehm S. 259, Kuhlenbeck III. S. 40, Neumann Handausg. II. S. 427, Enneccerus S. 137, Note 6, Marcuse S. 50 ff., Meyer-Reis II. S. 170, 171. Planck I. und II. Auflage V. S. 48, Köhne-Feist S. 231, Goldmann-Lilienthal S. 319, Binder I. S. 136 ff., Wilke S. 26, Matthiass S. 746, Kipp III. S. 442, anscheinend auch Motive V. S. 493, während Strohal II. S. 39 f, Knitschky im Archiv für ziv. Praxis 91 S. 292, Planck 3. Auflage V. S. 64, 65, Dernburg V. S. 150, Oertmann im Arch. für bürg. Recht 14 S. 366, 15 S. 443, Peters S. 58, Staudinger V. S. 82, 83, Lesske S. 1045, Note 5, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 426 die Ansicht vertreten, die freigewordene Quote falle an die anderen Erbeserben.

Der zweiten Ansicht ist beizutreten. Der Fall ist folgender: X. ist gestorben und hat sein Vermögen testamentarisch nicht seinem Bruder Z., sondern dem Y. hinterlassen. Y stirbt vor Ablauf der Ausschlagungsfrist, ohne die Erbschaft angenommen zu haben, und hinterläßt als gesetzliche oder testamentarische Erben A. und B. Wenn nun B. die Erbschaft des Y. annimmt, die des X. aber ausschlägt, fällt diese dann an A. oder an Z.?

Nach dem Wortlaute des § 1953 Abs. 2 könnte es scheinen, als müsse die Erbschaft des X. an Z. fallen. Denn schlägt der Erbeserbe B. aus, so hat diese die gleiche Wirkung, als schlüge der Erbe Y. aus, und demnach fällt die Erbschaft des X. demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, also hier dem gesetzlichen Erben des X., dem Z.

Aber dies Resultat kann nicht befriedigen. Da im vorliegenden Falle A. hinsichtlich der Erbschaft des X. mit dessen gesetzlichem Erben Z., hinsichtlich der Erbschaft des Y. aber mit B. in Erbengemeinschaft stehen würde, während doch die Erbschaft des X. einen Bestandteil der Erbschaft des Y. bildet, so ergeben sich praktisch große Schwierigkeiten, u. a. hinsichtlich der Erbenhaftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (Planck V. S. 48, vergl. auch Binder I. S. 138, 139).

Aber auch theoretisch ergeben sich gegen obige Folgerung eine Reihe von Bedenken. Zunächst ist festzuhalten, daß die gegenteilige Ansicht zu der Möglichkeit einer teilweisen Ausschlagung führt, da der Fall so angesehen wird, als ob Y. einen Bruchteil der ihm angefallenen Erbschaft des X. selbst ausgeschlagen hätte, was sich mit dem Grundsatz des § 1950 nicht vereinbaren läßt. Auch steht obige Ansicht im Widerspruche mit dem aus den §§ 1922, 2032 ff. sich ergebenden Grundsatz der Einheit des Nachlasses auch bei einer Mehrheit von Erben. Gemäß §§ 2032 ff. besteht zwischen A. und B. ein Gesamthandsverhältnis, das Gesamtgut bilden die Erbmassen des X. und des Y. In Gemäßheit des Grundsatzes des Gesamthandsverhältnisses würde nur eine gemeinschaftliche Ausschlagung seitens A. und B. möglich sein, und wenn nur A. sich der Ausschlagung widersetzte, würden beide trotz der Ausschlagung des B. definitiv Erben werden (vergl. Strohal a. a. O.). Hierbei ist zu beachten, daß die in dem § 1950 und §§ 1922, 2032 ff. enthaltenen Grundsätze als solche so weitgehend wie möglich anzuwenden sind, und daß ihnen gegenüber sich die Vorschrift des § 1952 Abs. 3 als Ausnahmevorschrift erweist.

Sodann führt die gegenteilige Ansicht, wenn B. beide Erbschaften ausschlägt, zu dem Ergebnis, daß beide dem A., als dem Erben des Y., gemäß § 1953 Abs. 2 anfallen, wenn aber B. die Erbschaft des X. ausschlägt und die des Y. annimmt, zu dem Ergebnis, daß Y. an Z. fällt. Es ist aber unersichtlich, weshalb aus dem Grunde, daß der eine Erbeserbe die Erbenerbschaft annimmt, der andere Erbeserbe schlechter gestellt sein sollte (vergl. Strohal a. a. O., Planck 3. Auflage S. 65).

Weiter trifft auch § 1953 Abs. 2, wie die gegenteilige Ansicht behauptet, auf den vorliegenden Fall nicht zu. Als Ausschlagender im Sinne des § 1953 Abs. 2 kann der ausschlagende Miterbe, der nur einen Teil des seinem Erblasser zustehenden Ausschlagungsrechts ausübt, nicht angesehen werden, § 1953 Abs. 2 setzt vielmehr voraus, daß der Ausschlagungsberechtigte in Person die ganze ihm angefallene Erbschaft ausschlägt (Strohal a. a. O., Staudinger a. a. O.).

Alle diese Bedenken werden vermieden, wenn man den Fall so konstruiert, als sei hinsichtlich der Erbschaft des X. der Erbeserbe B. niemals, auch nicht bezüglich der Ausschlagung, vorhanden gewesen. Die Erbschaft des X. fällt dann ohne weiteres dem Erbeserben A. an.

Aehnlich sagt der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 426: „Zwar erbt der Miterbe und erbt aus der zweiten Erbschaft, aber bezüglich der ersten Erbschbft gilt er als bereits vor dem Tode des ersten Erblassers weg-

gefallen (§§ 1953 Abs. 1, 2, 1935, 2094)". Der in diesen Worten ausgesprochene Grundgedanke ist derselbe wie der hier vertretene. Nur trifft m. E. der Kommentar der Reichsgerichtsräte insoweit nicht zu, als aus den zitierten Paragraphen die gezogene Folgerung sich nicht herleiten läßt. Aus § 1953 folgt vielmehr, daß nicht nur der Miterbe B., sondern auch der Erbe Y. als bereits vor dem Tode des Erblassers X. weggefallen gilt.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß auch dieser Lösung der Streitfrage erhebliche Bedenken entgegenstehen. Der Fall wird so angesehen, als ob hinsichtlich der Erbsbhaft des X. der ausschlagende Erbeserbe B. niemals existiert hätte. Diese Fiktion ist auch nur durch den praktischen Erfolg, der mit ihr erreicht wird, zu rechtfertigen.

Planck 3. Aufl. a. a. O. und Strohal a. a. O. wollen §§ 1953 Abs. 2 „entsprechend" angewendet wissen. Strohal glaubt, daß die Grundlage zur „analogen" Anwendung des § 1953 Abs. 2 sich auf zweierlei Weise gewinnen lasse: einmal durch die „Annahme", nicht B., sondern Y. habe die Erbschaft des X. ausgeschlagen, und sodann durch die „Annahme", zur Erbschaft des X. seien anstatt des Y. von vornherein schon so viele Personen berufen gewesen, als Erbeserben vorhanden seien. Wie Strohal aber schon selbst bemerkt, verstößt die erste Annahme gegen § 1950 Abs. 2 und ist demnach nicht zu billigen. Sodann ist zu beachten, daß jedenfalls nach den Ausführungen Strohals eine analoge Anwendung des § 1953 Abs. 2 im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. Eine solche würde nur vorliegen, wenn § 1953, obgleich er an sich nicht auf diesen Fall paßt, trotzdem entsprechend angewandt würde. Hier jedoch ist durch willkürliche Annahmen der Tatbestand geändert und auf diesen geänderten Tatbestand dann § 1953 nicht analog, sondern buchstäblich angewandt. Auch würde, wenn man im Sinne des Gesetzes den § 1953 Abs. 2 hier analog anwendete, gerade die entgegengesetzte Folge gezeitigt, wie Strohal bezweckt, weil dadurch der ausschlagende Miterbe, der, wie oben gezeigt, an sich nicht als Ausschlagender im Sinne des Paragraphen angesehen werden kann, dem im Sinne des § 1953 Abs. 2 ausschlagenden Erben gleichgestellt und somit als zur Zeit des Erbfalls nicht vorhanden gelten würde, so daß die Erbschaft dem gesetzlichen Erben des X., also dem Z., anfiele.

Da somit eine wirkliche analoge Anwendung nicht zum Ziele führt, wird man um eine Fiktion nicht herumkommen können. Und eine solche liegt sowohl in den Ausführungen Plancks wie in denen Strohals. Planck sagt, er käme durch entsprechende Anwendung des § 1953 Abs. 2 zu der Lösung, daß es hinsichtlich der Erbschaft des X. so gehalten werden solle, als sei B. als Miterbe des A. niemals vorhanden gewesen. Wenn man § 1953 Abs. 2 entsprechend anwendet, kann man zu diesem Ergebnis nur auf folgende Weise kommen: Durch entsprechende Anwendung des § 1953 Abs. 2 auf vorliegenden Fall gilt B. durch die Ausschlagung als vor dem Erbfall des X. weggefallen. Jetzt würde, falls nicht Y. noch lebte, Z. Erbe werden. Um dies aber zu vermeiden, muß man Y. als lebend fingieren, ihn dann wieder sterben lassen und dann das Ausschlagungsrecht mit seinem Tode auf A.

übergehen lassen. Dieser komplizierten Fiktion ist einmal die „Annahme" Strohals, dieser aber die hier vertretene Fiktion wegen größerer Einfachheit vorzuziehen.

§ 5.

Der Verlust des Ausschlagungsrechts.

Das Ausschlagungsrecht geht dem Erben verloren entweder durch die Erklärung, er wolle die Erbschaft annehmen, oder dadurch, daß er, ohne die Ausschlagung vorzunehmen, die Ausschlagungsfrist verstreichen läßt (§ 1943).

Die Annahme ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (Planck V. S. 38, Staudinger V. S. 64, Binder I. S. 77, 86 ff.). Sie ist die rechtsgeschäftliche Erklärung des Erben, er wolle die ihm angefallene, nur vorläufig erworbene Erbschaft endgültig behalten. Im Gegensatz zur Ausschlagung kann die Annahme formlos erklärt werden. Matthiass S. 745 und Frommhold S. 26 scheinen die ausdrückliche Annahmeerklärung für eine empfangsbedürftige Willenserklärung anzusehen, weil sie gegenüber dem Nachlaßgericht, nach Frommholds Ansicht auch gegenüber einem Nachlaßgläubiger oder Schuldner, abgegeben werde. Dem ist nicht beizutreten. Wie Binder I. S. 89 richtig bemerkt, ist das Gericht wohl Empfänger der Ausschlagungserklärung, nicht aber auch der Annahmeerklärung. Dies ist auch, wie die Materialien ergeben, vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden.

Die Annahme kann durch ausdrückliche Erklärung oder auch stillschweigend durch konkludente Handlung erfolgen, indem der Erbe eine auf einen bestimmten anderen Zweck gerichtete Handlung vornimmt, durch diese aber zugleich das Vorhandensein des Annahmewillens betätigt.

Spezialbestimmungen darüber, wann eine Annahme vorliegt, gibt das Gesetz nicht, weil eine erschöpfende Regelung im Gesetz nicht möglich ist (vergl. Protokolle V. S. 620). Ob eine Annahme vorliegt, entscheidet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen, und somit insbesondere darnach, ob dem Erben eine rechtsgeschäftliche Absicht nachgewiesen werden kann (vergl. Seufferts Arch. 64 S. 315). Insbesondere läßt sich aus § 1959 Abs. 2 keine Entscheidung herleiten, weil hier lediglich die Frage der Wirksamkeit einer Verfügung des Erben über einen Nachlaßgegenstand und nicht die Frage, ob in der Verfügung des Erben eine Annahme zu erblicken ist, behandelt wird. Auch aus der Vornahme erbschaftlicher Geschäfte durch den Erben läßt sich nicht ohne weiteres eine stillschweigende Annahme der Erbschaft ableiten. Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 1959 (vergl. Denkschrift S. 278, 279). Man wird aber in der Regel in Verfügungen, welche der Erbe nach Treu und Glauben nur vornehmen durfte, wenn er die Erbschaft behalten wollte, eine Erklärung des Annahmewillens erblicken dürfen (Endemann III. S. 347).

Im einzelnen ist zu erwähnen, daß in der Mitteilung an einen unbeteiligten Dritten, die Erbschaft behalten zu wollen, in der Regel keine Annahme liegen wird (ebenso der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 419,

anderer Ansicht Frommhold S. 26). Ein im zweiten Entwurf enthaltener Vorschlag, nie eine Annahme darin zu erblicken, ist aber mit Recht abgelehnt worden, weil besondere Umstände ergeben können, daß die wohl in der Regel fehlende rechtsgeschäftliche Absicht des Erben, anzunehmen, doch besteht (vergl. Planck V. S. 39). Auch ist die Annahme deswegen nicht unwirksam, weil sie einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber erfolgt (Dernburg V. S. 408, Meyer S. 10, anderer Ansicht Binder I. S. 103).

Andererseits wird man in der Regel bei der Mitteilung an einen Beteiligten, sei es ein Nachlaßschuldner oder das Nachlaßgericht, das Vorhandensein des Annahmewillens bejahen können (vergl. Staudinger V. S. 64, 65). Daß die Annahmeerklärung auch gegenüber dem Nachlaßgericht abgegeben werden kann, wird von Binder I. S. 103 bestritten. (Anderer Ansicht Boethke in Gruchot 46 S. 173, Dernburg V. S. 408, Peters S. 11). Binder hält zwar die Annahmeerklärung auch für eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des B. G. B., stellt aber als Erfordernis auf, daß die Erklärung, um wirksam zu werden, irgend einem nicht bestimmten, aber beteiligten Individuum zugehen müsse. Weil das Nachlaßgericht über den Parteien stehe und in Bezug auf die Annahmeerklärung eine Zuständigkeitsnorm für das Nachlaßgericht fehle, könne es nicht als Beteiligter angesehen werden. Dem ist aber nicht beizutreten. Zwar kann der von Boethke a. a. O. vertretenen Ansicht, die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Entgegennahme der Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft sei die notwendige Voraussetzung der Vorschrift des § 1945, und sei somit darin enthalten, nicht beigepflichtet werden, weil § 1945 nur von der Ausschlagung und nicht auch von der Annahme der Erbschaft spricht. Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Entgegennahme der Annahmeerklärung ergibt sich vielmehr daraus, daß es nach dem B. G. B. allein entscheidend ist, daß der Erbe in irgend einer Weise den wirklichen Willen, die Erbschaft anzunehmen, äußert, ob er dies durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder gegenüber einem Beteiligten tut, kann keinen Unterschied machen (vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 419, Titze, Lehre vom Mißverständnis S. 33 in Neumann, jahrb. IX. Ziff. 2 zu § 1943, Meyer S. 10).

Liegt darin, daß der Erbe den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung gemäß § 1981 Abs. 1 stellt, die Erklärung des Annahmewillens? In der Regel wird man auf das Vorhandensein des Annahmewillens wohl schließen können, aber an und für sich enthält der Antrag die Annahme der Erbschaft nicht (Warneyer Note 2 zu § 1942, Achilles-Greiff S. 846, Z. Bl. F. G. 7 S. 134 in Neumann, Jahrb. V. zu § 1953). Das Vorliegen des Annahmewillens wird insbesondere deshalb anzunehmen sein, weil der Erbe vor der Annahme durch die Vorschriften der §§ 1958, 1995, §§ 239 Abs. 5, 778, Abs. 1, Z. P. O. geschützt wird, und daher zu seiner Sicherung der Nachlaßverwaltung nicht mehr bedarf (Planck V. S. 101). Demgegenüber vertreten Staudinger V. S. 178, Boehm S. 351 die Ansicht, eine Annahme liege „zweifellos" vor, während Strohal II. S. 270 Anm. 1 „normaler Weise" auf

das Vorhandensein des Annahmewillens schließt. Gegen diese und für die hier vertretene Ansicht spricht sich Binder II. S. 21 Anm. 8 aus.

Verzichtet unter Miterben der eine zu Gunsten des Andern auf die Erbschaft, so kann hierin nicht ohne weiteres eine Antretung der Erbschaft gesehen werden. Erklärt aber der Miterbe, daß er einem anderen Miterben gegen eine Abfindungssumme die Erbschaft überlasse, und entspricht die Höhe der Summe dem Erbteil, so wird darin die Annahme der Erbschaft liegen (Recht 06 S. 1082 in Neumann, Jahrb. V. zu § 1943). Die Ergreifung des Besitzes im Nachlasse, die Beerdigung des Erblassers und die Auflösung seines Hausstandes werden unter Umständen als Annahme der Erbschaft angesehen werden können, nicht aber, wenn der Erbe zugleich zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, selbst wenn er dies Amt noch nicht angenommen hat (Hanseat. G. Z. 06 Beibl. 114 in Neumann, Jahrb. V. zu § 1943).

Auch wird in der Regel das Bezahlen von Nachlaßschulden sich als Annahme darstellen. Ist die Zahlung jedoch geleistet, um Schulden bedenklicher Art zu begleichen, somit aus Pietät gegen den Erblasser vorgenommen, so wird das Bezahlen allein den Schluß auf das Vorhandensein des Annahmewillens nicht rechtfertigen (Endemann III. S. 347, Staudinger V. S. 64).

Stets ist bei der Beurteilung der Frage, ob in einer Handlung des Erben eine Annahmme der Erbschaft liegt, zu berücksichtigen, daß die Annahme ein Rechtsgeschäft ist, und als solches nur von einer voll geschäftsfähigen Person selbständig vorgenommen werden kann.

Der Annahme steht es in der rechtlichen Wirkung gleich, wenn der Erbe die Ausschlagungsfrist verstreichen läßt, ohne die Ausschlagung zu erklären (§ 1943). Hieraus folgt, daß die Annahme eigentlich nur dann von Bedeutung ist, wenn sie vor Ablauf der Ausschlagungsfrist erklärt wird (Matthiass S. 744). Die Frage, ob das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist wie die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft ein Rechtsgeschäft ist oder nicht, ist in der Literatur sehr bestritten. Dafür sprechen sich mehr oder weniger bestimmt aus: Endemann III. S. 343 Anm. 2, Wilke S. 20, Frommhold S. 26, Kuhlenbeck III. S. 33, und insbesondere Binder I. S. 77 ff., dagegen sprechen sich aus: O. L. G. 10 S. 295, Matthiass S. 744, Strohal II. S. 31, Neumann, Handausg. II. S. 421, Motive V. S. 512, Planck V. S. 34, Staudinger V. S. 62, 63, Haidlen S. 41, Borcherdt S. 108, Boehm S. 269, Protokolle V. S. 632, Enneccerus S. 140, Manigk S. 261, Breit in Z. D. N. V. 1905 S. 141 ff., Jacobsen S. 40, 47, Peters S. 13, 15, Rode S. 17.

Es würde zu weit führen, in diesem Zusammenhange die Streitfrage erschöpfend zu erörtern. Es soll nur auf die hauptsächlichen Fragen hingewiesen werden.

Zunächst ist zu beachten, daß in dem Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist eine Willenserklärung und somit ein Rechtsgeschäft liegen kann und wohl auch in der Regel liegt, indem der Erbe dadurch seinen Willen, die Erbschaft behalten zu wollen, zum Ausdruck bringt. Das Verstreichenlassen der Frist ist aber nicht immer ein Rechtsgeschäft. Endemann a. a. O. meint, daß das bewußte und absichtliche, mithin rechtsgeschäftliche

Unterlassen der Ausschlagung der Annahme gleichgewertet werde, daß aber der nackte Ablauf der Frist diese Wirkung nicht habe, weil gemäß § 1944 Abs. 2 die Kenntnis der Berufung und die Fähigkeit, die Ausschlagung auszuüben, vorausgesetzt seien. Hieraus folgt, daß, falls diese Voraussetzungen nicht vorliegen, nach Endemann ein Verstreichenlassen im Sinne des § 1943 nicht vorliegt.

Endemann ist insofern zuzustimmen, als bei Fehlen der Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft in dem Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist nicht liegt. Endemann ist aber nicht darin beizupflichten, daß damit auch gesagt sei, ein Verstreichenlassen im Sinne des § 1943 liege nicht vor. Es ist festzuhalten, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes (§§ 1943, 1956) das Verstreichenlassen nicht Annahme „ist", was nach Endemann zutreffen würde, es ist der Annahme nur hinsichtlich der Wirkung durch positive Vorschrift gleichgestellt (Planck V. S. 36, Staudinger V. S. 62, 63).

Endemann scheint jedoch seine Ansicht nicht streng durchzuführen. Mit der Aeußerung III. S. 343 steht die I. S. 374 hinsichtlich der Anfechtung der Ausschlagungsfrist gemachte Bemerkung: „Neben der Anfechtung von Rechtsgeschäften kennt das B. G. B. die Anfechtung gewisser rechtlicher Tatbestände, die kraft Gesetzes eingetreten sind, u. a. die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist § 1956", nicht im Einklang. Hiernach scheint Endemann die Versäumung der Ausschlagungsfrist nicht als Rechtsgeschäft, sondern lediglich als rechtlichen Tatbestand aufzufassen.

Da die Versäumung der Ausschlagungsfrist somit kein Rechtsgeschäft ist, ist an sich Geschäftsfähigkeit des Erben hierbei nicht erforderlich (Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 419), durch die Bezugnahme auf § 206 trifft jedoch § 1944 Abs. 2 Satz 3 Vorsorge (Staudinger V. S. 65, Planck V. S. 34, Borcherdt S. 108), so daß insoweit das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist der Annahme wieder gleich steht. Durch diese Bezugnahme wird bewirkt, daß sowohl in dem Falle, daß der geschäftsunfähige, vertreterlose Erbe die Annahme erklärt und diese somit unwirksam ist, als auch in dem Falle, daß der geschäftsunfähige, vertreterlose Erbe die Ausschlagungsfrist verstreichen läßt, was an sich wirksam ist, gemäß § 206 die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Ablaufe von 6 Wochen, bezw. 6 Monaten nach dem Zeitpunkt endet, in welchem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört. Anderer Ansicht ist Binder I. S. 79 ff., welcher die rechtsgeschäftliche Natur der Fristversäumung stets bejaht und daher folgerichtig von vornherein die Geschäftsfähigkeit des Erben erfordert.

Hat der geschäftsunfähige Erbe einen gesetzlichen Vertreter, so ist stets dessen Person maßgebend (vergl. oben).

§ 6.

Die Nichtigkeit der Ausschlagung.

Gemäß § 1946 kann der Erbe die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist. Die Ausschlagung ist somit nichtig, wenn sie vor

dem Erbfall erfolgt. Nach dem Erbfall kann sie jederzeit erfolgen, insbesondere braucht der Ausschlagende nicht, wie im ersten Entwurf zum B. G. B. § 2033 (vergl. Motive V. S. 504), den Beginn der Ausschlagungsfrist oder, falls er durch Verfügung von Todeswegen berufen ist, die Verkündung der Verfügung abzuwarten (Goldmann-Lilienthal S. 322, Matthiass S. 745). Aus der Bestimmung des § 1946 folgt aber nicht, daß die Ausschlagung auch schon, wenn die Erbschaft noch nicht angefallen ist, im Voraus für den Fall, daß ein Vorberufener wegfällt, erfolgen kann (Müller-Meikel II. S. 441). Wird die Ausschlagung vor dem Anfall vorgenommen, so ist sie nichtig. Zwar halten Endemann III. S. 345, Strohal II. S. 14, Dernburg V. S. 406, Enneccerus S. 134, Peters S. 47 eine wirksame Ausschlagung auch schon vor dem Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden für zulässig. Dem ist aber nicht beizupflichten. Zunächst ist festzuhalten, daß dies nicht der Absicht der Verfasser des Gesetzes entspricht (vergl. Kipp III. S. 439. Sodann ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1946, daß „der Erbe" die Ausschlagungserklärung abzugeben hat, vor dem Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden ist dieser aber noch nicht Erbe. Weiter spricht auch der im § 1947 enthaltene Grundsatz, daß die Ausschlagung nur unbedingt und unbefristet erfolgen kann, gegen die Möglichkeit der Ausschlagung für den Fall künftiger Berufung. Es ist zwar zuzugeben, daß § 2042 dem Nacherben das Recht gibt, vor Eintritt des Nacherbfalls die Erbschaft bereits mit dem Eintritt des Erbfalls auszuschlagen. Diese Vorschrift stellt sich aber nicht als eine wegen ihrer besonderen Wichtigkeit erfolgte Betonung des bereits im § 1946 enthaltenen Grundsatzes dar, sondern vielmehr als eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 1946. Nur aus ganz besonderen Gründen (vergl. Motive V. S. 121) ist dem Nacherben das Ausschlagungsrecht gegeben, auch kann der Nacherbe die Erbschaft vor Eintritt der Nacherbfolge nur ausschlagen, nicht auch annehmen (Kipp III. S. 439, Planck V. S. 318, 319, Staudinger V. S. 407, Meischeider S. 283, 284). Anderer Ansicht sind Wilke S. 172, Strohal II. S. 15. Inkonsequent ist die im Kommentar der Reichsgerichtsräte vertretene Auffassung. Band II. S. 422 heißt es, die Ausschlagung könne wirksam erfolgen, auch schon ehe die Erbschaft durch den Wegfall vorher Berufener dem sich Erklärenden angefallen ist, während S. 548 als das im § 1946 enthaltene Prinzip die Unwirksamkeit der Ausschlagungserklärung vor dem Anfalle angesehen wird.

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz des § 1946 besteht gemäß §§ 2105 Abs. 1 2142. Hiernach kann der eingesetzte Erbe, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß dieser die Erbschaft erst mit dem Eintritte eines bestimmten Ereignisses oder Zeitpunktes erhalten soll, die Erbschaft schon vor dem Eintritt des Ereignisses oder des Zeitpunktes ausschlagen, obgleich er erst mit dem Eintritt berufen wird (Binder I. S. 106). § 2105 Abs. 2 kommt nicht in Frage, weil sich hier erst mit dem Anfall bestimmt, wer Erbe wird, oder der Erbe erst entsteht.

Ist der Erbe bereits zur Zeit des Erbfalls erzeugt, aber noch nicht geboren, so kann die Aussshlagung wegen tatsächlicher Unmöglichkeit nicht

vor der Geburt des Erben erfolgen. Hierin liegt aber keine Ausnahme von § 1946, weil der Anfall schon mit dem Erbfall erfolgt. Der Anfall ist jedoch durch die Totgeburt des Erben auflösend bedingt. Erfolgt eine Totgeburt, so ist die auflösende Bedingung eingetreten, und der Anfall gilt als nicht erfolgt. Wird der Erbe lebend geboren, so bleibt der Anfall bestehen (vergl. Recht 1906 S. 960).

Endemann I. S. 119 Note 17, Staudinger V. S. 15 wollen den Anfall der Erbschaft erst mit der Geburt des Erben erfolgen lassen, vorher sei juristisch kein Rechtssubjekt vorhanden. Dem ist jedoch mit Rücksicht auf die Fassung des § 1923 Abs. 2, die eben ein Rechtssubjekt fingiert, nicht beizutreten.

Entsprechend ist die Rechtslage in den Fällen der Art. 86, 87 E. G. B. G. B. Gemäß Art. 86, 87 bleiben einmal die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen, also auch den Erwerb von Todeswegen, von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände von mehr als 5000 Mark betreffen, und sodann die Vorschriften, nach welchen Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, mit Ausnahme der Mitglieder solcher religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, bei denen Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit nicht abgegeben werden, nur mit staatlicher Genehmigung von Todeswegen erwerben können, unberührt. Wird die von einem Landesgesetze zu einem Erwerb von Todeswegen erforderliche Genehmigung erteilt, so gilt sie als vor dem Erbfall erteilt, wird sie verweigert, so gilt die juristische Person in Ansehung des Anfalls als nicht vorhanden. Die Verweigerung der staatlichen Genehmigung hat somit dieselbe Wirkung wie die Ausschlagung.

Bestritten ist, ob die Erteilung der staatlichen Genehmigung wie eine aufschiebende, oder die Verweigerung derselben wie eine auflösende Bedingung wirkt. Der ersteren Ansicht ist Grusen-Müller S. 127, der letzteren Borcherdt S. 94 Note 6, Achilles-Greiff S. 846, Peters S. 64, Eutsch K. G. 31 S. 61, 62, Recht 1906 S. 960. Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Grusen-Müller meint, bis zur Erteilung oder Verweigerung des Genehmigung bestehe ein Schwebezustand, es sei noch ungewiß, ob der Anfall an die juristische Person erfolge oder nicht (Niedner S. 160). Erst wenn die Genehmigung erteilt werde, falle die Erbschaft an, durch eine der des § 1923 Abs. 2 analoge Fiktion werde aber die Wirkung des Anfalls auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen. Die Ausschlagungsmöglichkeit erlange die juristische Person aber erst mit der Genehmigung, weil erst dann der Anfall erfolge. Eine vorher erklärte Ausschlagung sei unwirksam. Die Erteilung der Genehmigung wirke daher wie eine aufschiebende Bedingung. Bis zur Erteilung treten gemäß § 2105 die gesetzlichen Erben als Vorerben ein, die juristische Person werde im Augenblick der Genehmigung Nacherbin.

Diese Auffassung findet aber keinen Anhalt im Gesetze: In Art. 86, 87 ist den Landesgesetzen nicht die Befugnis gegeben, den Anfall einer Erbschaft an eine juristische Person abweichend von den Bestimmungen des B. G. B. zu regeln. Mit dem Erbfall fällt der juristischen Person die Erbschaft an.

Tritt die auflösende Bedingung, d. h. die Verweigerung der Genehmigung, nicht ein, so bleibt sie Erbin, tritt die auflösende Bedingung ein, so wird der Anfall als nicht erfolgt fingiert.

Von diesen Vorbehalten haben zahlreiche Bundesstaaten Gebrauch gemacht, um eine allzustarke Anhäufung von Vermögensgütern in Händen von juristischen Personen zu verhüten, und zwar haben die Bundesstaaten teils alle juristische Personen, teils nur die kirchlichen Institute den Erwerbsbeschränkungen unterzogen. Die Staaten, in welchen alle juristische Personen den Erwerbsbeschränkungen des Art. 86 E. G. B. G. B. unterworfen sind, wenn die Zuwendung mehr als 5000 Mark beträgt, sind: Preußen (A. G. B. G. B. Art. 6 § 1, Genehmigung des Königs oder der durch königliche Verordnung bestimmten Behörde), Baden (A. G. B. G. B. Art. 8), Elsaß-Lothringen (A. G. B. G. B. § 6), Sachsen-Weimar (A. G. B. G. B. § 18, Genehmigung des Staats), Hessen (A. G. B. G. B. Art. 12, Genehmigung des Großherzogs), Lübeck (A. G. B. G. B. § 13, Genehmigung des Senats), Sachsen-Altenburg (A. G. B. G. B. § 9), Waldeck-Pyrmont (A. G. B. G. B. Art. 5, Genehmigung des Landesherrn oder der durch landesherrliche Verordnung bestimmten Behörde), Schwarzburg-Rudolstadt (A. G. B. G. B. Art. 30), Schwarzburg-Sondershausen (A. G. B. G. B. Art. 15), Reuß jüngere Linie (A. G. B. G. B. § 12, Genehmigung des Landesherrn).

Bayern (A. G. B. G. B. Art. 7) unterwirft nur die geistlichen Gesellschaften den Erwerbsbeschränkungen des Art. 86, wenn die Zuwendungen Gegenstände im Werte von mehr als 10 000 Mark betreffen.

Von dem Vorbehalt des Art. 86 haben Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Anhalt, Hamburg, Lippe, Braunschweig, Bremen, Oldenburg, Reuß ältere Linie, Sachsen, Sachsen-Coburg-Gotha, Sachsen-Meiningen, Schaumburg-Lippe und Württemberg keinen Gebrauch gemacht.

Von dem Vorbehalt des Art. 87 haben nur wenige Bundesstaaten Gebrauch gemacht, und zwar Sachsen-Altenburg (A. G. B. G. B. § 14), Reuß jüngere Linie (A. G. B. G. B. § 14), Schwarzburg-Rudolstadt (A. G. B. G. B. Art. 29), Schwarzburg-Sondershausen (A. G. B. G. B. Art. 59, Genehmigung des Landesherrn) und Lübeck (A. G. B. G. B. § 14, Genehmigung des Senats).

Gemäß § 1947 ist die Ausschlagung weiter nichtig, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt. Bedingung und Zeitbestimmung sind rechtsgeschäftliche Nebenbestimmungen, kraft deren die Wirkung des Rechtsgeschäfts ganz oder teilweise von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses bezw. von dem Herankommen eines zukünftigen Termines abhängig ist (Staudinger V. S. 75). Keine Bedingung im Rechtssinne ist die unmögliche und notwendige Bedingung. Erfolgt die Ausschlagung unter einer solchen, so ist sie wirksam.

Hiernach beurteilt sich auch die Frage, ob die Ausschlagung zu Gunsten einer bestimmten Person wirksam ist. Die Ausschlagung zu Gunsten einer bestimmten Person erscheint unter der Bedingung abgegeben, daß diese

Person Erbe wird. Würde nun aber die Person ohne weiteres gemäß § 1953 Abs. 2 an die Stelle des Ausschlagenden treten, so ist die Bedingung etwas selbstverständliches, eine Bedingung im Rechtssinne liegt nicht vor und die Ausschlagung ist wirksam. Würde aber gemäß § 1953 Abs. 2 die Erbschaft ganz oder teilweise auf andere Personen als diejenigen, zu deren Gunsten die Ausschlagung erfolgt, übergehen, so liegt eine wirkliche Bedingung vor, und die Ausschlagung ist deshalb unwirksam (Planck V. S. 43, Staudinger V. S. 76, Kuhlenbeck III. S. 37, Boethke im Gruchot 46 S. 174). Ist dies der Fall, so kann aber in der Ausschlagungserklärung eventl. die Annahme der Erbschaft und zugleich ein Angebot an den Anderen liegen, diesem die Erbschaft veräußern zu wollen (Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 422, E. K. G. 35 S. 64 ff., Recht 1908 II. S. 270).

Goldmann-Lilienthal S. 324 Anm. 1 ist der Ansicht, die Ausschlagung zu Gunsten eines Anderen, als desjenigen, dem nach § 1953 Abs. 2 die Erbschaft anfalle, enthalte inhaltlich keine Ausschlagung, sondern die Absicht, über den Nachlaß zu Gunsten eines Anderen zu verfügen, und sei schon deswegen unwirksam. Eine derartige Willenserklärung in der Ausschlagung zu Gunsten eines Anderen zu sehen, dürfte jedoch, falls nicht besondere Umstände dafür sprechen, zu weit gehen.

Binder I. S. 128 glaubt, die Erklärung des Erben, er schlage die Erbschaft zu Gunsten eines Dritten aus, habe in der Regel die Bedeutung, daß er die Erbschaft aufgebe, damit der Dritte sie erhalte, und nicht die, daß er die Erbschaft aufgebe, wenn der Dritte sie erhalte. Die Erklärung der Ausschlagung zu Gunsten des Dritten sei somit reines Motiv und daher ein nicht rechtsgeschäftlicher Zusatz zum Rechtsgeschäft (ebenso Dernburg V. S. 407). Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Ausschlagung stets wirksam bleibt und daß nur der Zusatz „zu Gunsten einer bestimmten Person" bedeutungslos ist.

Anderer Ansicht ist auch Kipp III. S. 439. Kipp meint, auch die sogenannten uneigentlichen Bedingungen fielen unter den Begriff der Bedingungen. Die Erklärung ermangele der erforderlichen Klarheit und Festigkeit, sowohl wenn sie von einer auf Gegenwart oder Vergangenheit abgestellten Bedingung abhängig sei, als auch wenn eine rechtliche Voraussetzung ihrer Wirksamkeit wegen subjektiver Ungewißheit über ihr Vorliegen zur Bedingung gemacht würde. Kipp hält somit die Ausschlagung für nichtig, wenn sie unter irgend einer, auch noch so selbstverständlichen Bedingung, wie z. B.: „wenn ich berufen sein sollte", abgegeben wird. Diese Auffassung von der Bedingung ist jedoch unhaltbar und liegt jedenfalls nicht dem B. G. B. zu Grunde (so auch die herrschende Meinung).

Wird die Ausschlagung als Teil eines Vertrages erklärt, dergestalt, daß sie von dem Vertrage in ihrer Wirkung beeinflußt wird, so liegt eine bedingte und somit unwirksame Ausschlagung vor. Anders ist es jedoch, wenn der Vertrag lediglich den Beweggrund zur Erklärung der Ausschlagung abgibt.

Es ist dann eine vorbehaltlose und somit wirksame Ausschlagung vorhanden Sächs. Ann. 21 S. 320 in Neumann, Jahrb. I. zu § 1947, Staudinger V. S. 75).

Keine bedingte Ausschlagung liegt vor, wenn die Erbschaft für den Fall der Berufung aus einem bestimmten Grunde ausgeschlagen wird, wenn also z. B. der Erbe für den Fall, daß er als Testamentserbe berufen ist, ausschlägt. Hier ist nicht die Erklärung bedingt, es is eine „unbedingte Erklärung für einen bedingten Fall" (Protokolle V. S. 622). Ist der angegebene Berufungsgrund richtig, so ist die Ausschlagung wirksam vollzogen (Goldmann-Lilienthal S. 324). Ist der angegebene Berufungsgrund unrichtig, so ist die Ausschlagung unwirksam, nicht aber weil sie bedingt wäre, sondern weil sie inhaltlich beschränkt ist, und eben nur für den Fall der Berufung aus dem einem Grunde abgegeben ist (Dernburg V. S. 407, Staudinger V. S. 75, Frommhold S. 28). Es kann somit der Erbe auch wirksam aus dem einem Berufungsgrund annehmen und aus dem andern in derselben Erklärung ausschlagen (Planck V. S. 43, Endemann III. S. 345, Motive V. S. 505).

Binder I. S. 108 ff. hält die Ausschlagung der Erbschaft für den Fall der Berufung aus einem bestimmten Grunde für bedingt und somit unwirksam. Dem ist aber nicht beizutreten. Auch widerspricht Binder sich an anderer Stelle. S. 109 Anm. 147 hält er eine Erklärung, die mit „Rücksicht" auf einen bestimmten Berufungsgrund, aber „nur für den Fall" erfolgt, daß die Berufung aus diesem Grunde rechtswirksam sein sollte, für unbedingt (vergl. Staudinger V. S. 75).

Die Ausschlagung kann nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. Die Ausschlagung eines Teiles ist unwirksam und somit nichtig. (§ 1950). Es macht keinen Unterschied, ob einzelne Bestandteile oder Bruchteile der Erbschaft ausgeschlagen werden (Motive V. S. 506). Sind mehrere Erben vorhanden, so bezieht sich die Vorschrift natürlich nur auf den Erbteil des einzelnen Miterben, der innerhalb seines Erbteils eine wirksame Teilung nicht vornehmen kann (Planck V. S. 46).

Endemann III. S. 346 ist im direkten Gegensatz zu dem Wortlaut des § 1950 Satz 2 der Ansicht, daß, wenn der Erbe einen Teil seines Erbteils annimmt, die innere Einheit der Berufung bewirke, daß die Annahme dennoch die Betätigung der Gesamtnachfolge für den ganzen Erbteil enthalte. Endemann spricht hier zwar nur von der Annahme der Erbschaft, wird dasselbe jedoch auch von der Ausschlagung behaupten wollen, weil er sonst bei der Behandlung der Ausschlagung den Unterschied von der Annahme wohl herhervorgehoben hätte. Hierin ist Endemann jedoch mit Rücksicht auf § 1950 nicht beizutreten.

§ 1950 ist jus cogens, eine ihm zuwiderlaufende Bestimmung kann auch der Erblasser nicht treffen (Planck V. S. 46). Trifft der Erblasser trotzdem eine derartige Bestimmung, so kann darin die Einsetzung auf verschiedene Erbteile gemäß § 1951 liegen (Motive V. S. 506).

Ueber die Ausnahme von § 1950 in § 1953 Abs. 3, wonach von mehreren Erbeserben jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen kann, vergleiche oben.

§ 7.

Der Einfluß von Willensmängeln auf die Ausschlagung.

Es fehlt dem B. G. B. an einer besonderen Bestimmung des Inhalts, daß die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Willensmängel Anwendung finden. Daß dies jedoch der Fall ist, folgt schon daraus, daß die Ausschlagung als Rechtsgeschäft (vergl. oben) den allgemeinen für Rechtsgeschäfte gegebenen Bestimmungen unterliegt, dies aber natürlich nur insoweit, als nicht die speziellen Vorschriften des Erbrechts ein Anderes anordnen.

Nach den allgemeinen Bestimmungen kann die Ausschlagung wegen eines Willensmangels angefochten werden, wenn der Tatbestand der §§ 119, 120 oder 123 vorliegt.

§ 119 Abs. 1 bestimmt, daß, wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, diese Erklärung anfechten kann, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. § 119 Abs. 1 unterscheidet somit zwei Fälle des Irrtums:

1. Der Erklärende war über den Inhalt der Erklärung im Irrtum. Er wollte die Erklärung so wie sie abgegeben wurde, er wollte aber nicht, was aus dieser Erklärungshandlung als sein Wille zu entnehmen ist. „Der Erklärende will die Erklärungshandlung, nicht aber das sich aus der Erklärungshandlung als Willensinhalt ergebende“ (so Matthiass S. 110). So liegt z. B. ein Irrtum über den Inhalt der Ausschlagungserklärung vor, wenn der Erbe irrtümlich annimmt, Ausschlagung der Erbschaft bedeute auch Uebertragung seines Anteils am Nachlasse auf die Miterben und bedeute nicht lediglich, daß er selbst nicht Erbe sein wolle (O. L. G. 8 S. 263 in Neumann, Jahrb. III. zu § 1954).

Planck V. S. 50 und der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 428 sind der Ansicht, bei der Ausschlagungserklärung könne der Irrtum über die Identität des Nachlasses nach § 119 erheblich sein. Dem ist aber nicht zuzustimmen, denn, wenn der Ausschlagende über die Identität des Nachlasses irrt, so gibt er eine Erklärung über den ihm wirklich angefallenen Nachlaß überhaupt nicht ab. Die erklärte Ausschlagung ist also schon an sich unwirksam, und die Voraussetzungen des § 119 liegen in diesem Falle nicht vor (Staudinger V. S. 86).

2. Der Erklärende wollte eine Erklärung des von ihm erklärten Inhalts überhaupt nicht abgeben. „Der Erklärende will nicht die Erklärungshandlung und so auch nicht den durch sie kundgetanen Willen“ (Matthiass S. 111). So z. B., wenn der Erbe, welcher die Erbschaft ausschlagen will, sich verschreibt und statt Ausschlagung Annahme schreibt.

Liegt ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung oder über die Erklärungshandlung vor, so ist er nur dann erheblich, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde, d. h.: der Irrtum ist nur erheblich,

wenn anzunehmen ist, daß der Irrende im Bewußtsein seines Irrtums die Erklärung nicht abgegeben haben würde, und daß er nach den Grundsätzen, welche einem verständigen Menschen in solcher Sachlage leiten, die Erklärung unterlassen haben würde. Andere Umstände, insbesondere die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrtums, die Frage, ob ein tatsächlicher oder ein Rechtsirrtum vorliegt, bleiben bei der Entscheidung der Frage nach der Erheblichkeit des Irrtums außer Betracht.

Unerheblich ist es grundsätzlich, wenn der Ausschlagende unter der Einwirkung eines sogenannten Irrtums im Motive die Ausschlagungserklärung abgegeben hat, d. h. eines Irrtums über die Umstände, welche den Ausschlagenden zur Abgabe der Erklärung veranlaßt haben. Hierhin ist insbesondere der Irrtum über die Belastung des Erbteils mit Auflagen und Vermächtnissen und über die Größe und den Vermögenswert des Nachlasses, sowie ein Irrtum darüber, wem der Nachlaß zugute kommen würde, zu rechnen (Staudinger V. S. 86, Planck V. S. 50, Boehm S. 260, Wilke S. 27, Godlmann-Lilienthal S. 327, Achilles-Greiff S. 850, Motive V. S. 511, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 428, E. K. G. 35 S. 67).

Borcherdt S. 110 sieht in dem Irrtum über den Vermögenswert des Nachlasses zunächst einen Irrtum hinsichtlich einer wesentlichen Eigenschaft des als Gegenstand der Erklärung in Betracht kommenden Vermögensinbegriffes, welchen die Erbschaft darstellt, nämlich hinsichtlich ihres ökonomischen Wertes, und erst hierdurch werde ein Irrtum im Beweggrunde, nämlich hinsichtlich des Nutzens des Erbschaftserwerbes, erzeugt. Borcherdt gibt dem Ausschlagenden in diesem Falle daher das Anfechtungsrecht. Dem ist jedoch nicht beizutreten, weil der ökonomische Wert des Nachlasses nicht als eine Eigenschaft desselben angesehen werden kann. (vergl. unten).

Aus Billigkeitsrücksichten ist der Grundsatz der Unerheblichkeit des Irrtums im Beweggrunde im B. G. B. nicht streng durchgeführt. Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich einmal in § 119 Abs. 2 und sodann in § 2308 (Motive V. S. 511).

Gemäß § 119 Abs. 2 gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, welche im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Ein derartiger Irrtum ist somit erheblich, wenn anzunehmen ist, daß der Irrende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Daß es sich bei dem Irrtum über die Eigenschaften der Person oder der Sache um einen Irrtum im Beweggrunde handelt, bedarf hier keiner weiteren Ausführung. Dieser Irrtum wäre somit an sich belanglos, durch die besondere Vorschrift des § 119 Abs. 2 wird ihm aber rechtliche Bedeutung beigelegt. Es erhebt sich nun die Frage, ob ein Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, welche im Verkehr als wesentlich angesehen werden, inbezug auf die Ausschlagungserklärung überhaupt Platz greifen kann. Was zunächst den Irrtum über die Eigenschaften der Person, welcher gegenüber die Erklärung abzugeben ist, also gemäß § 1945 das Nachlaßgericht, angeht, so ist die Frage zu verneinen

(unrichtig Borcherdt S. 109, Riesebieter S. 542). Schon im allgemeinen kann man nicht bei den Nachlaßgerichten von besonderen Eigenschaften, von denen die Eigenart einer bestimmten Persönlichkeit bestimmt wird (Endemann I. S. 346 Anm. 13) sprechen, es könnte lediglich der Irrtum des Ausschlagenden über die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts in Betracht kommen. Theoretisch dürfte dem eventuell beizutreten sein, praktisch ist es aber ohne jede Bedeutung, weil eine einem unzuständigen Nachlaßgericht gegenüber abgegebene Ausschlagungserklärung unwirksam ist (vergl. oben, ebenso Rode S. 13).

Wie den Irrtum über die Eigenschaften der Person, hält die herrschende Ansicht auch den Irrtum über die wesentlichen Eigenschaften der Sache in Bezug auf die Ausschlagung für ausgeschlossen. Die herrschende Ansicht folgert dies daraus, daß nur ein Irrtum über die Eigenschaften der „Sache" in Frage steht, die Erbschaft aber, als Inbegriff der dem Erblasser zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten, zweifellos keine Sache im Sinne des B. G. B. ist (Boehm S. 260, Staudinger V. S. 646, Rode S. 14.) Anderer Ansicht sind Borcherdt S. 109, Pelargus S. 206, Riesebieter S. 542, ohne aber einen Grund dafür anzugeben. Ebenso hält Frommhold S. 276, wenn auch in anderem Zusammenhange, einen Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Erbschaft für vorliegend. (Vergl. auch Wilke S. 27, Endemann III. S. 577 Anm. 32). M. E. ist der herrschenden Ansicht nicht beizutreten. Es ist ihr zwar zuzugeben, daß die Erbschaft nicht unter dem Begriff der Sache im Sinne des B. G. B. gebracht werden kann. In § 119 Abs. 2 liegt aber, wie u. a. auch in § 523, ein Redaktionsfehler vor. Statt Sache muß es Gegenstand heißen. Es ist auch garnicht einzusehen, weshalb zum Beispiel Rechte nicht unter die Bestimmung des § 119 Abs. 2 fallen sollten. Auch ist aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht zu ersehen, daß der Ausdruck „Sache" mit Bedacht angewandt worden ist (vergl. Motive I. S. 196 ff.). Somit schließt der Ausdruck „Sache" in § 119 Abs. 2 die Möglichkeit seiner Anwendung auf die Erbschaftsausschlagung nicht aus.

Was ist nun eine wesentliche Eigenschaft der Erbschaft? Zweifellos nicht, wie Rode S. 16 annimmt, die Ueberschuldung des Nachlasses; auch nicht die Größe und der Vermögenswert des Nachlasses. Wollte man dies annehmen, so würde man dahin kommen, fast jeden Irrtum im Beweggrunde als rechtlich beachtlich zu erklären. Die Eigenschaft eines Gegenstandes, z. B. eines Rechts, ist nicht die Quantität, d. h. der Wert oder die Größe, Eigenschaft eines Rechts ist die besondere Eigenschaft des Rechtes, welche es von anderen unterscheidet, wie z. B. dringliche Rechte anderer Art sind wie obligatorische. So auch bei der Erbschaft. Nicht die Höhe des Wertes der Erbschaft, sondern die Eigenart der Erbschaft, d. h. des Inbegriffes der hinterlassenen Gegenstände, bildet die Eigenschaft der Erbschaft. So z. B. würde dem Erben, welcher in der irrigen Ansicht, es seien Staatspapiere hinterlassen, während die Erbschaft aus einem Grundstücke besteht, ausgeschlagen hat, das Anfechtungsrecht des § 119 Abs. 2 zur Seite stehen,

wenn die konkreten Umstände ergeben, daß der Irrtum im übrigen gemäß § 119 Abs. 2, Abs. 1 erheblich ist.

Die zweite Ausnahme von dem Grundsatze, daß der Irrtum im Beweggrunde unerheblich ist, regelt § 2308. Ist ein Pflichtteilsberechtigter als Erbe berufen, aber durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt, oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er, wenn der hinterlassene Erbteil größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, den ihm hinterlassenen Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Hat nun der Pflichtteilsberechtigte die Ausschlagung des Erbteils form- und fristgerecht vollzogen, so kann er die Ausschlagung anfechten, wenn die Beschränkung und Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen ist und der Wegfall ihm nicht bekannt war. Daß hier ein Irrtum im Beweggrunde vorliegt, wird von Endemann III. S. 577 Anm. 32, Frommhold S. 276, Wilke S. 27 bestritten. Jedoch zu Unrecht, weil der Erbe eben durch das Bestehen der Beschränkungen bezw. Beschwerungen zur Ausschlagung bewogen ist. Derselben Ansicht sind Planck V. A. 573, Staudinger V. S. 646, Motive V. S. 511, Protokolle V. S. 631, Borcherdt S. 110 Anm. 4, Boehm S. 433, Haidlen S. 338, Neumann Handausg. II. S. 632, Goldmann-Lilienthal S. 327 Anm. 3, Binder I. S. 140, 141, Kipp III. S. 398, Rode S. 22. Es ist zwar zuzugeben, daß die Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 nicht vorliegen, wie die gegenteilige Ansicht annimmt, weil ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Sache nicht vorliegt. Der Grund hierfür ist aber nicht der, daß die Erbschaft nicht als Sache im Sinne von § 119 anzusehen ist, wie Staudinger u. A. a. O. annehmen (vergl. oben), sondern der, daß die Beschränkung oder Beschwerung nicht als Eigenschaft einer Erbschaft angesehen werden kann. Auch ist Planck a. a. O. beizutreten, daß die gegenteilige Ansicht dazu führen würde, eine Anfechtung auch dann zuzulassen, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft angenommen hat, ohne von den Beschränkungen oder Beschwerungen Kenntnis zu haben. Dies würde aber dem Wortlaute des § 2008, welcher nur von der Ausschlagung handelt, widersprechen, zumal nicht einzusehen ist, weshalb die schon aus § 119 sich ergebende Folge nur hinsichtlich der Ausschlagung, nicht aber auch hinsichtlich der Annahme einer besonderen Hervorhebung bedurft hätte.

Gemäß § 120 kann eine Willenserklärung, welche durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung, also dann, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Findet diese Vorschrift nun auch auf die Ausschlagung einer Erbschaft Anwendung? Zu beachten ist, daß gemäß § 1945 die Ausschlagung in öffentlich beglaubigter Form zu erklären ist. Je nachdem die Ausschlagung durch Einreichung eines Schriftsatzes beim Nachlaßgericht oder durch Erklärung zu Protokoll des Nachlaßgerichts erfolgt, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Erfolgt die Ausschlagung durch Einreichung eines öffentlich beglaubigten Schriftsatzes, so könnte eine unrichtige Uebermittelung nur darin liegen, daß die zur Uebermittelung verwandte Person, zum Beispiel ein Bote, den Schriftsatz, in dem die richtige Ausschlagungserklärung enthalten ist, verfälscht und z. B. statt des Wortes Ausschlagung Annahme setzt. Hier trifft aber § 120 nicht zu. Der Bote überbringt dann nicht die Erklärung des Ausschlagenden, sondern seine eigene Erklärung, durch welche der Ausschlagende nicht verpflichtet werden kann. (Derselben Ansicht Endemann III. S. 347 Anm. 16, Hoelder S. 267, Dernburg I. S. 436, 437). Anderer Ansicht ist Planck I. S. 217. Planck meint, die Unterscheidung, ob eine Erklärung absichtlich oder infolge eines Versehens oder Zufalls unrichtig übermittelt ist, sei weder mit dem Wortlaute noch mit dem Zwecke der Vorschrift des § 120 vereinbar. Dem gegenüber hebt Dernburg a. a. O. hervor, daß die historischen Antezedentien nicht darauf deuten, daß § 120 auf den Fall, daß der Bote arglistig oder bewußt die Botschaft entstellt, anzuwenden ist. Auch wäre diese Anwendung nicht dem Verkehr förderlich, was sie bezwecke, sondern gefährlich (vergl. Dernburg a. a. O. Anm. 25).

2. Erfolgt die Erklärung zu Protokoll des Nachlaßgerichts, so könnte nur der Fall in Betracht kommen, daß der kraft öffentlich beglaubigter Spezialvollmacht zur Ausschlagung Bevollmächtigte nicht die Ausschlagung, sondern die Annahme der Erbschaft erklärt. Aber auch hier greift § 120 nicht Platz, weil die Erklärung des Bevollmächtigten, der ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, gemäß § 180 unwirksam ist, auch wird dieser Fall kaum vorkommen, weil das Nachlaßgericht in der Regel die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten nachprüfen wird. § 120 kann somit auf die Ausschlagung der Erbschaft keine Anwendung finden. (Anderer Ansicht ist anscheinend Staudinger V. S. 86, der nur § 123 Abs. 2 für auf die Ausschlagung der Erbschaft unanwendbar erklärt).

Von den Fällen des Irrtums finden somit nur § 119 Abs. 1 und Abs. 2, soweit es sich um einen Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Erbschaft handelt, Anwendung.

Gemäß § 123 Abs. 1 kann, wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten.

Arglistige Täuschung ist die Fälschung der Beweggründe, „das absichtliche Hervorrufen eines irrtümlichen Willensentschlusses durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen" (so Endemann I. S. 355). Daß § 123 Abs. 1 auf die Ausschlagung Anwendung findet, bedarf keiner weiteren Ausführung. § 123 Abs. 2 ist dagegen unanwendbar, weil die Ausschlagung als eine gegenüber einer Behörde abzugebende Erklärung nicht als eine gegenüber einem Anderen abzugebende Erklärung im Sinne des B. G. B. angesehen werden kann (vergleiche oben). Derselben Ansicht sind Staudinger V. S. 86, Planck V. S. 51, Wilke S. 28.

Ebenso wie die arglistige Täuschung gibt die widerrechtliche Drohung ein für die Ausschlagung einer Erbschaft bedeutsames Anfechtungsrecht.

Auf die Ausschlagung einer Erbschaft sind von den allgemeinen Vorschriften des B. G. B. somit lediglich die §§ 119, 123 von Bedeutung. Diese Paragraphen finden in demselben Maße wie auf die Ausschlagung auch auf die Versäumung der Ausschlagungsfrist Anwendung. Zwar ist grundsätzlich die Anfechtung gemäß §§ 119, 123 nur zulässig bei Rechtsgeschäften. Obgleich aber die durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist sich vollziehende Annahme kein Rechtsgeschäft ist (vergl. oben), gibt § 1956 auch hier ein Anfechtungsrecht, weil in der Ausschließung desselben eine Härte gelegen hätte (vergl. Protokolle V. S. 632). Das Anfechtungsrecht ist dann gegeben, wenn der wahre Wille des Erben auf die Ausschlagung der Erbschaft, der durch die Fristversäumnis gesetzlich fingierte Wille dagegen auf Annahme gerichtet war, und die fingierte, mit dem wahren Willen in Widerspruch stehende Erklärung durch Irrtum, arglistige Täuschung oder Drohung verursacht war (vergl. E. R. G. 58 S. 81). Handelt es sich um einen Irrtum, so genügt nicht, daß der wahre Wille des Erklärenden mit dem gesetzlich fingierten Annahmewillen nicht im Einklang steht. Es ist vielmehr weiter erforderlich, daß die Unterlassung der Ausschlagung wissentlich erfolgt ist, daß diese stillschweigende Willensäußerung aber mit dem wahren Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt (vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 428, 429, Borcherdt S. 112, Warneyer Note 2 zu § 1954, O. L. G. 18 S. 311, Seufferts Arch. 57 S. 188, E. R. G. 58 S. 81). Daher ist auch die Ansicht Dernburgs (V. S. 416 Anm. 4), man werde, wenn die Ausschlagung gegenüber dem unzuständigen Nachlaßgericht erfolge und sie deswegen für unwirksam gehalten werde, und wenn die Ausschlagungsfrist versäumt sei, wenigstens die Anfechtung wegen Irrtums für zulässig erachten müssen (vergl. oben), unrichtig, weil der Erbe die Ausschlagung der Erbschaft nicht wissentlich unterlassen hat.

Gegen diese Auffassung der Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums polemisiert Planck V. S. 69 (vergl. auch Neumann Jahrb. IX. zu § 1956). Es würde zu weit führen, in diesem Zusammenhange näher auf die Streitfrage einzugehen. Es wird daher auf die eingehenden Ausführungen in der angegebenen Literatur Bezug genommen.

Ist nach dem bisher Gesagten eine Ausschlagungserklärung anfechtbar, so kann die Anfechtung nur binnen 6 Wochen erfolgen, oder binnen 6 Monaten, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande hatte, oder wenn der Erbe sich beim Beginn der Frist im Auslande aufhält (§ 1954 Abs. 1, 3). Die Frist beginnt in den Fällen der Anfechtbarkeit wegen Irrtums und arglistiger Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt, im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung aber in dem Zeitpunkte, in welchem die Zwangslage aufhört (§ 1954 Abs. 2). Auf den Lauf der Frist finden gemäß § 1954 Abs. 2 die §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

Daß auch § 207 hier herangezogen ist (anders § 1944 Abs. 2), hat folgende Bedeutung: Stirbt der Erbe, welcher die Erbschaft angenommen hat, die Annahme aber anfechten kann, vor Ablauf der Anfechtungsfrist, so geht

sein Anfechtungsrecht mit dem übrigen Nachlaß auf seine Erben über. Gemäß § 207 wird nun für die Erbeserben die Anfechtungsfrist nicht vor dem Ablaufe von 6 Wochen bezw. 6 Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem der Erbeserbe die Erbenerbschaft angenommen hat, oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter geltend gemacht werden kann. Der in § 207 ebenfalls herangezogene Zeitpunkt der Konkurseröffnung muß hier jedoch außer Betracht bleiben. Der gegenteiligen Ansicht (Staudinger V. S. 87) kann nicht beigetreten werden. Gemäß § 9 K. O. kann der Konkursverwalter eine vor der Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner angefallene Erbschaft nicht ausschlagen: Hieraus folgt, daß der Konkursverwalter auch nicht ein zum Nachlaß gehörendes Anfechtungsrecht gemäß § 1954 auszuüben berechtigt ist, weil er damit die Ausschlagung vollziehen würde (vergl. Planck V. S. 68, Kipp III. S. 442, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 428).

Kipp a. a. O. bestreitet, daß die Bestellung eines Nachlaßpflegers gemäß § 1960 unter den Tatbestand der §§ 207, 1954 falle, weil die Ausschlagung einer Erbschaft mehr als ein Akt der Verwaltung der Erbenerbschaft sei. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten (ebenso Kommentar der Reichsgerichtsräte, Planck, Staudinger a. a. O.).

Ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Beginns der Anfechtungsfrist ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit der Ausschlagung 30 Jahre verstrichen sind (§ 1954 Abs. 4).

Die Anfechtung der Ausschlagung ist, wie diese selbst, in öffentlich beglaubigter Form dem Nachlaßgericht gegenüber abzugeben (§§ 1945, 1955). Anfechtungsgegner ist gemäß §§ 1957, 143 nur das Nachlaßgericht (Binder I. S. 143 Anm. 96), nicht auch, wie Frommhold S. 35 zu Unrecht behauptet, jeder, der aus der anfechtbaren Ausschlagung den Erben in Anspruch nimmt.

Während die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts nach den allgemeinen Vorschriften (§ 142) zur Folge hat, daß es als von Anfang an nichtig anzusehen ist, hat die Anfechtung der Ausschlagung einen viel weiter gehenden Erfolg. Die Ausschlagung wird nicht als unwirksam angesehen, sie gilt vielmehr als Annahme (§ 1967 Abs. 1). Die Anfechtung der Ausschlagung ist somit zugleich Anfechtung des Erbschaftserwerbes desjenigen, welcher an Stelle des Ausschlagenden Erbe geworden war. Der Anfechtende hat gemäß § 2018 den Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses. Damit der Erbschaftsbesitzer sich der Verfügung über den Nachlaß enthalte, schreibt § 1957 Abs. 2 instruktionell vor, daß das Nachlaßgericht ihm die Anfechtung der Ausschlagung mitteile.

Hat der Anfechtungsberechtigte die Ausschlagung gemäß §§ 119, 1954 angefochten, so entsteht die Frage, ob er auch auf das sogenannte negative Interesse gemäß § 122 haftet. Daß § 122 auf die Ausschlagungserklärung Anwendung findet, ergibt sich daraus, daß diese als Rechtsgeschäft den für dieselben gegebenen allgemeinen Vorschriften unterliegt (vergl. Planck V. S. 52, Kipp III. S. 442, Staudinger V. S. 88, Pelargus S. 207, Enneccerus S. 140, Rode S. 19). Anderer Ansicht sind Binder I. S. 145 ff. und Oertmann

im Arch. für bürgerl. Recht 21 S. 142, welche meinen, die Frage könne nicht praktisch werden.

Nach § 122 ist zu unterscheiden, ob die Erklärung einem Andern gegenüber abzugeben war oder nicht. War ersteres der Fall, so haftet der Erklärende diesem Anderen, andernfalls jedem Dritten auf das negative Interesse. Die Ausschlagung ist als eine, einer Behörde gegenüber abzugebende Erklärung keine einem Andern gegenüber abzugebende Erklärung im Sinne des Gesetzes (vergl. oben). Der Anfechtende hat somit jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat (Wilke S. 28, Borcherdt S. 110). Somit hat sowohl der Erbschaftsbesitzer wie jeder Dritte, die dadurch geschädigt sind, daß der von ihnen für den Erben gehaltene sich als Nichterbe erweist, einen Anspruch auf das negative Interesse. Die Ersatzpflicht tritt jedoch nicht ein, wenn der Dritte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte.

§ 8.

Die Ausschlagung bei der Berufung aus mehreren Gründen. Insbesondere: Der Einfluß des Irrtums im Berufungsgrunde auf die Ausschlagung.

Berufungsgründe im Sinne des B. G. B. sind Gesetz, letztwillige Verfügung und Erbvertrag (vergl. unten). Der Erbe kann nun entweder aus mehreren Gründen berufen sein oder nur aus einem. Tritt der Fall ein, daß der Erbe auf den ganzen Nachlaß oder auf einen bestimmten Erbteil aus mehreren Gründen berufen ist, so kann er den Nachlaß, bezw. den Erbteil aus dem einen Grunde ausschlagen und aus dem anderen annehmen (Planck V. S. 44). Das Gesetz spricht dies nicht ausdrücklich aus, regelt den Fall aber in gleichem Sinne, indem es in § 1948 Abs. 1 und 2 sagt, daß der durch Verfügung von Todeswegen berufene Erbe, falls er ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde, die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen kann, und daß der durch Testament und Erbvertrag berufene Erbe die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrunde annehmen und aus dem anderen ausschlagen kann. Die praktische Bedeutung des § 1948 liegt darin, daß gemäß §§ 2161 und 2191, falls ein dahingehender Wille des Erblassers anzunehmen ist, ein Vermächtnis oder eine Auflage nicht bestehen bleibt, wenn der Beschwerte nicht Erbe wird, z. B. wenn er die Erbschaft aus dem Testamente ausschlägt (Motive V. S. 509).

§ 1948 ist jedoch nicht so zu verstehen, daß dem Erben ein Wahlrecht zwischen den Erbteilen eingeräumt werden soll. Die gesetzliche Erbfolge in § 1948 Abs. 1 tritt nur ein, wenn in Ansehung des ausgeschlagenen Erbteils auf Grund des Testamentes weder eine Anwachsung noch eine Ersatzerbschaft eintritt (Seufferts Arch. 63 S. 154).

Ist der Erbe aus mehreren Gründen berufen, so ergeben sich für ihn hinsichtlich der Ausschlagung folgende Möglichkeiten:

1. Der Erbe kann schlechthin für alle Fälle ausschlagen ohne Rücksicht auf einen Berufungsgrund. Diese Ausschlagung ist wirksam.

2. Der Erbe kann seine Ausschlagungserklärung für alle ihm bekannten Berufungsgründe ausdrücklich aussprechen. Dann kann der Erbe, falls sich herausstellt, daß er noch aus einem weiteren, ihm zur Zeit der Ausschlagung unbekannten Grunde berufen ist, aus diesem Grunde die Erbschaft annehmen.

3. Kennt der Erbe mehrere Berufungsgründe, so kann er aus einem Grunde ausschlagen und die anderen unerwähnt lassen, oder schlechthin ausschlagen ohne Bezugnahme auf einen Berufungsgrund. Dann erstreckt sich die Ausschlagung gemäß § 1949 Abs. 2 im Zweifel auch auf den anderen Berufungsgrund, bezw. auf alle Berufungsgründe, so daß der Erbe aus diesen Gründen die Erbschaft nicht mehr annehmen darf. Diese Vermutung trifft natürlich nicht zu, wenn der Erbe ausdrücklich sich eine Erklärung über den anderen Beweisgrund vorbehalten hat, auch steht es dem Erben offen, den Gegenbeweis gegen die Vermutung zu führen.

Streit herrscht in der Literatur darüber, wann der Berufungsgrund als dem Erben bekannt anzusehen ist. Während nach Planck V. S. 45 und nach dem Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 424 ein Berufungsgrund auch dann als dem Erben bekannt anzusehen ist, wenn die Berufung aus diesem Grunde die nur mittelbare Folge der Ausschlagung bei der Berufung aus dem anderen Grunde ist, ist nach Staudinger V. S. 78 der Berufungsgrund nur dann als bekannt anzusehen, wenn die Berufung aus diesem Grunde die unmittelbare oder doch mindestens dem Ausschlagenden sofort bewußt werdende Folge der Ausschlagung aus einem anderen Grunde ist. So ist z. B. in den beiden folgenden Fällen nach der Ansicht Plancks der Berufungsgrund bekannt, nach der Staudingers dagegen unbekannt:

1. A. ist als eingesetzter Erbe unter Einsetzung eines Ersatzerben berufen; er sowohl wie der Ersatzerbe schlagen die Erbschaft aus, die dann dem A. als dem gesetzlichen Erben wieder anfällt.

2. A. schlägt als eingesetzter Erbe aus, ebenso schlagen die dann berufenen gesetzlichen Erben aus, worauf die Erbschaft dem A. als dem gesetzlichen Erben wieder anfällt.

In beiden Fällen ist nach der Ansicht Plancks der zweite Berufungsgrund als dem A. bei der Ausschlagung bekannt anzusehen. Der Ansicht Staudingers ist, obgleich vielleicht Billigkeitsrücksichten dagegen sprechen, beizutreten. Voraussetzung für das Bekanntsein eines Berufungsgrundes ist eben, daß der Berufungsgrund bereits vorliegt. Das trifft in diesen beiden Fällen jedoch nicht zu, weil die zweite Berufung erst eine Folge der ersten Ausschlagung ist (ebenso Matthiass S. 746, Binder I. S. 129).

Nicht hierher gehört der Fall, daß ein gesetzlicher Erbe als Nacherbe eingesetzt ist, ohne daß Vorerben bestimmt sind, und der gesetzliche Erbe die Erbschaft ausschlägt. Die Ausschlagung bezieht sich dann im Zweifel

nur auf die Berufung als gesetzlicher Erbe und nicht auf die als Nacherbe, aber nicht, weil die Einsetzung als Nacherbe dem Ausschlagenden etwa unbekannt wäre, sondern weil, wie Planck a. a. O. richtig bemerkt, verschiedene Berufungen vorliegen (vergl. Motive V. S. 509).

Ist der Erbe aus einem Berufungsgrunde berufen, nimmt aber irrtümlich an, aus einem anderen Grunde berufen zu sein, und schlägt er aus diesem aus, so ist die Ausschlagung nichtig (vergl. oben). Schlägt er in diesem Falle schlechthin, aber unter der Voraussetzung des irrtümlich angenommenen Berufungsgrundes, aus, so ist es zweifelhaft, ob der Erbe noch seine Erklärung beeinflussen kann.

Falls die Anwendung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung auf diesen Fall zu verneinen wäre, würde in Frage kommen, ob dem Erben gemäß § 119 ein Anfechtungsrecht zustände. Die Entscheidung dieser Frage würde darin liegen, ob man den Irrtum im Berufungsgrund als einen Irrtum im Motive ansieht, oder als einen Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung. Es wird, und dies wird auch allgemein zugegeben (vergl. Motive V. S. 504, Boehm S. 260, Wilke S. 24, Kuhlenbeck III. S. 38, Binder I. S. 131, Rode S. 25), ein belangloser Irrtum im Motive vorliegen, da der Erbe die Ausschlagungserklärung abgibt, ohne sich darüber im Irrtum zu befinden, was er erklärt. Staudinger V. S. 77 ist anderer Ansicht, ebenso Planck, dieser jedoch nur unter Bedenken. Wenn Strohal 2. Aufl. S. 307 aber trotzdem den Irrtum im Berufungsgrund gemäß §§ 1954, 119 für anfechtbar hält, weil das Gesetz im § 1949 dem Irrtum des Berufenen über den Berufungsgrund wesentliche Bedeutung beimißt, so entbehrt dies der gesetzlichen Grundlage.

Ohne das Vorliegen einer besonderen gesetzlichen Bestimmung würde somit der Irrtum im Berufungsgrund als Irrtum im Motive rechtlich unerheblich sein. Von den in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen scheidet § 1949 Abs. 1, wonach die Annahme als nicht erfolgt gilt, wenn der Erbe im Irrtum über den Berufungsgrund gewesen ist, aus, weil er sich als eine lex spezialis für die Annahme darstellt.

Aber § 1949 Abs. 2 dürfte anzuwenden sein. Zwar scheint der Wortlaut des § 1949 Abs. 2 vorauszusetzen, daß der Erbe mehrfach berufen ist, aber aus dem Zweck und der Entstehung des Paragraphen geht hervor, daß er auch auf den hier vorliegenden Fall zutreffen muß (Protokolle V. S. 626, 629, Motive V. S. 504, Wilke S. 27, Binder I. S. 130 ff., Landsberg II. S. 1131 Note 1, Rode S. 34, 35). § 1949 Abs. 2 ist eingefügt, um die Lage des Erben günstiger zu gestalten, denn selbst dann, wenn man das Vorliegen eines Irrtums im Motive verneinen wollte und dem Erben ein Anfechtungsrecht geben wollte, wäre die Lage des Erben trotzdem noch sehr ungünstig gewesen (Protokolle a. a. O.) § 1949 Abs. 2 ist daher sinnentsprechend dahin auszulegen: Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle dem Erben bekannten Berufungsgründe und im Zweifel nicht auf die dem Erben nicht bekannten (ebenso Neumann Handausg. II. S. 424, Enneccerus S. 132 Anm. 6). Schlägt nun der Erbe unter der Voraussetzung eines irrtümlich

als gegeben angenommenen Berufungsgrundes aus, so gilt die Ausschlagung als nicht erfolgt, weil der vorausgesetzte Berufungsgrund als wirklich nicht vorhanden dem Erben nicht bekannt sein konnte.

§ 9.

Die Ausschlagung bei der Berufung zu mehreren Erbteilen.

Ist der Erbe zu mehreren Erbteilen derselben Erbschaft berufen, so fragt es sich, ob er in verschiedener Weise über die einzelnen Erbteile entscheiden kann, ob er den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen kann, oder ob durch die Annahme oder Auschlagung des einen Erbsteils ipso jure der andere Erbteil mit ergriffen wird. Das Gesetz regelt diese Frage in § 1951. Hiernach kann der Erbe über verschiedene ihm angefallene Erbteile nur in zwei Fällen verschieden entscheiden, und zwar einmal, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht und sodann, wenn der Erblasser es dem Erben, welcher auf mehrere Erbteile eingesetzt ist, durch Verfügung von Todeswegen gestattet hat.

Zunächst ist festzustellen, wann überhaupt eine Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen vorliegt. Sie liegt nicht vor in den Fällen der §§ 1935, 2094, 2095 bei Erhöhung des Erbteils eines gesetzlichen Erben durch den Wegfall eines gesetzlichen Erben vor oder nach dem Erbfall und bei Anwachsung des Erbteils eines eingesetzten Erben. Denn diese erhöhten bezw. angewachsenen Erbteile gelten nur hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen der Erbe oder der weggefallene Erbe beschwert ist, so wie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besondere Erbteile, im übrigen bilden sie mit dem Erbteile des Erben eine Einheit (Motive V. S. 507, Planck V. S. 46, Staudinger V. S. 76, Binder I. S. 116, Strohal II. S. 26 f., Matthiass S. 746, Frommhold S. 20, anderer Ansicht: Goldmann-Lilienthal S. 325 Note 5, Wilke S. 25, Endemann III. S. 9). Als Grund führt Goldmann-Lilienthal an, daß das Gesetz in § 1951 nicht unterscheidet, ob mehrere Berufungsgründe absolut oder nur relativ, d. h. in gewissen Beziehungen, vorliegen.

Eine Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen liegt dagegen vor, bei der gesetzlichen Erbfolge in den Fällen der §§ 1927, 1934, wonach die auf Grund mehrfacher Verwandtschaft einem Erben zugefallenen Anteile, sowie die einem Ehegatten als solchem und als Verwandtem des Erblassers zugefallenen Anteile als besondere Erbteile gelten (Motive V. S. 506, 507).

Eine Berufung auf mehrere Erbteile liegt sodann vor, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen mehrere Erbteile für einen Erben gebildet hat, und wenn dem Erben teils kraft Gesetzes, teils auf Grund einer Verfügung von Todeswegen Erbteile zufallen (Borcherdt S. 99).

In diesen Fällen kann der Erbe zunächst gemäß § 1951 Abs. 1 den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht. Beruht dagegen die Berufung auf demselben Grunde, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt (§ 1951 Abs. 2 Satz 1).

Wann beruht nun die Berufung auf verschiedenen Gründen, und wann beruht sie auf demselben Grunde? Einen Anhalt zur Entscheidung der Frage gibt § 1951 Abs. 2 Satz 2, wonach die Berufung auch dann auf demselben Grunde beruht, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen, zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist. Hieraus folgt einmal, daß die Berufung auf demselben Grunde beruht, wenn sie in derselben Verfügung von Todeswegen (Testament oder Erbvertrag) oder in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen, zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist, und sodann, daß die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, wenn sie in einem Testament und Erbvertrag nebeneinander (vergl. § 2289) oder in verschiedenen, zwischen verschiedenen Personen geschlossenen Erbverträgen, sodaß der Bedachte derselbe bleibt, oder in verschiedenen zwischen denselben oder verschiedenen Personen geschlossenen Erbverträgen, und zwar teils letztwillig teils vertragsmäßig, angeordnet ist. Auch wird Verschiedenheit des Berufungsgrundes vorliegen, wenn die Berufung in demselben Erbvertrag teils letztwillig, teils vertragsmäßig angeordnet ist (Strohal II. S. 29). Weiter kann kein Streit darüber entstehen, daß die Berufung dann auf verschiedenen Gründen beruht, wenn sie teils durch Verfügung von Todeswegen, teils durch gesetzliche Erbfolge begründet ist (Planck V. S. 46, Staudinger V. S. 80, Motive V. S. 507).

Bestritten ist nur, ob das Gesetz als ein einheitlicher Berufungsgrund, oder ob die einzelnen konkreten Tatbestände, welche nach dem Gesetz die Erbfolge nach sich ziehen, jeder für sich als Berufungsgrund anzusehen sind. Praktisch wird diese Streitfrage nur in den Fällen der §§ 1927, 1934, und es fragt sich, ob die Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen kraft mehrfacher Verwandtschaft (§ 1927) oder kraft Ehe und Verwandschaft (§ 1934) als auf verschiedenen Gründen oder als auf demselben Grunde beruhend anzusehen ist. Die Entscheidung der Streitfrage liegt darin, was man unter Berufungsgrund zu verstehen hat.

Versteht man unter Berufungsgrund das Gesetz, so liegt derselbe Berufungsgrund in den Fällen der §§ 1927, 1934 vor, versteht man dagegen unter Berufungsgrund den konkreten Tatbestand, an welchen das Gesetz die Erbfolge knüpft, so liegen verschiedene Berufungsgründe vor. In der Literatur sind drei Ansichten vertreten. Die eine, vertreten von Planck V. S. 47, Endemann III. S. 347, Strohal II. S. 29 f., Wilke S. 25, Matthias S. 746, Goldmann-Lilienthal S. 326, Landsberg II. S. 1063, Frommhold S. 30 ff., Boehm S. 256, Meyer-Reis II. S. 169 Note 18, Marcuse S. 57, Leske S. 1047, Note 1, Köhne-Feist S. 233, Knitschky im Arch. für zivi. Prax. 91 S. 302 ff., Helwig im Arch. für ziv. Praxis 102 S. 416 ff., Müller-Meikel II. S. 442, Walter S. 21, 26, Neumann Handausg. II. S. 425, Peters S. 44, Rode S. 27 sieht das Gesetz als Berufungsgrund an; eine andere Ansicht, vertreten von Staudinger V. S. 80, Kipp III. S. 441, Kuhlenbeck III. S. 38, Enneccerus S. 136 Note 4, Binder I. S. 111 ff., Dernburg V. S. 409, Borcherdt S. 99 sieht in dem Tatbestand, an den das Gesetz die Erbfolge knüpft, den Berufungsgrund;

eine dritte Ansicht, vertreten von Cosack II. S. 708, hält im Falle des § 1927 (mehrfache Verwandschaft) denselben Berufungsgrund, im Falle des § 1934 (Verwandtschaft und Ehe) verschiedene Berufungsgründe als gegeben.

Der Ansicht Cosacks ist keinenfalls beizutreten, weil sie bei den konform liegenden Fällen der §§ 1927, 1934 als willkürlich erscheint. Auch hat Cosack seine Ansicht nicht begründet.

Von den beiden anderen Ansichten verdient diejenige Plancks vor der Staudingers den Vorzug. Staudinger a. a. O. sucht zunächst seine Auffassung durch die Entstehungsgeschichte des B. G. B. zu begründen, ohne aber zu überzeugen, weil die in Betracht kommenden Stellen, Motive V. S. 507, 510 und Motive V. S. 363 sich widersprechen. Sodann folgert er: wollte man das Gesetz als Berufungsgrund ansehen, so müsste man im konkreten Falle die einzelne in Frage kommende gesetzliche Bestimmung als Berufungsgrund erachten, nicht das Gesetz in abstractu oder das B. G. B. Die einzelne gesetzliche Bestimmung falle aber zusammen mit dem von ihr vorausgesetzten Tatbestand, und da sei es richtiger, diesen als Berufungsgrund anzusehen. Kipp führt zur Begründung seiner Ansicht an, das Gesetz spreche nicht aus, daß eine Einheit des Berufungsgrundes anzunehmen sei. Innerlich lasse es sich aber sehr wohl rechtfertigen, Verschiedenheit des Berufungsgrundes anzunehmen, weil zwei verschiedene Verhältnisse zum Erblasser gegeben seien.

Demgegenüber ist aber folgendes festzuhalten: Im bisherigen Rechte und auch im B. G. B. hat man die unmittelbare gesetzliche Berufung derjenigen gegenüber gestellt, welche auf dem vom Gesetz anerkannten Willen des Erblassers beruht und somit dem Gesetz als Berufungsgrund den aus dem Willen des Erblassers sich ergebenden Berufungsgrund (d. h. Testament und Erbvertrag) gegenübergestellt (vergl. Planck a. a. O.). Weiter spricht gegen die Begründung Staudingers und Kipps, daß auch dann, wenn der Erbe auf Grund verschiedener Testamente zu verschiedenen Erbteilen berufen ist, verschiedene konkrete Tatbestände, aber doch ein einheitlicher Berufungsgrund vorliegen (vergl. Strohal a. a. O.).

In dem Sinne Plancks spricht sich auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 425 aus, weil aus § 1952 mit Sicherheit zu entnehmen sei, daß die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge im Verhältnis zu einander je einen besonderen Berufungsgrund bilden.

Abgesehen von dem Falle des § 1951 Abs. 1 kann der auf mehrere Erbteile eingesetzte Erbe, auch bei Einheit des Berufungsgrundes (Kipp III. S. 441), dann den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen, wenn der Erblasser es ihm durch Verfügung von Todeswegen gestattet hat (§ 1951 Abs. 3).

Binder S. 114 ff. (ebenso Helwig im Arch. für ziv. Prax. 102 S. 437, 438) hält die Einsetzung eines Erben auf mehrere Erbteile in der nämlichen letztwilligen Verfügung für unmöglich und will den § 1951 Abs. 3 dahin auslegen, daß der Erblasser dem Erben stets die Möglickeit gewähren kann, eine Quote seines Erbteils auszuschlagen, den Rest dagegen anzunehmen.

Binder kommt zu diesem Ergebnis auf Grund folgender Erwägung: Nach der Legaldefinition des § 1922 Abs. 2 sei ein Erbteil der Anteil des Miterben an der Erbschaft. Somit sei alles, was der Miterbe als Erbe aus der Erbschaft erhalte, ein Erbteil. Wollte man anders entscheiden, müßte es von der Form der Erbeinsetzung abhängen, ob ein Erbteil oder ob mehrere Erbteile vorliegen. Dies aber würde sich schlecht mit der Formlosigkeit der Erbeinsetzung vertragen. Wenn die Motive V. S. 507 für allein entscheidend den Umstand halten, ob der Erblasser mehrere Erbteile gebildet habe oder nicht, so sei dies nichtsagend, weil auch, wenn z. B. ein Erbe zu 3/5, ein anderer zu 2/5 eingesetzt sei, nicht drei bezw. zwei Erbteile vorlägen. Es fehle somit an einem materiellen Kriterium der „Mehrheit von Erbteilen" eines Erben. Das einzig brauchbare Kriterium sei, daß der Erbe zu dem einen oder anderen Erbteil aus verschiedenen Gründen berufen sei. Von einer Mehrheit von Erbteilen eines Erben könne man daher nur sprechen, wenn zugleich mehrere Berufungsgründe gegeben seien.

Gegen Binder spricht zunächst der Umstand, daß eine dahingehende Absicht bei den Verfassern des Gesetzes zweifellos nicht bestanden hat (vergl. Motive a. a. O.). Sodann berücksichtigen Binder und Hellwig nicht, daß im B. G. B. das Wort „Erbteil" in doppelter Bedeutung gebraucht wird, daß unter Erbteil einmal der Anteil des einzelnen Miterben am Nachlasse verstanden wird und daß sodann noch von einem Erbteil mit Rücksicht auf den Berufungsgrund gesprochen wird (Knitschky im Arch. für ziv. Prax. 91 S. 283).

Im übrigen scheint mir der Streit lediglich ein Streit um Worte zu sein. Falls der Erblasser dem Erben gestattet, eine Quote seiner Erbschaft auszuschlagen und den Rest anzunehmen, so wird darin eben eine Erbeinsetzung auf zwei verschiedene Erbteile zu erblicken sein, weil hervorgeht, daß der Erblasser den einen Erbteil anders behandelt wissen will, als den anderen. Wenn Binder bei Entscheidung der Frage, ob ein oder mehrere Erbteile vorliegen, es für allein entscheidend ansieht, ob die Erbteile aus verschiedenen Berufungsgründen angefallen sind, so fehlt hierfür jedenfalls die gesetzliche Grundlage. Bei der Fassung des § 1951 Abs. 3 ist eine analoge Verwertung der in den §§ 1935, 2094 enthaltenen Grundsätze unzulässig. Auch bedarf es dieser umständlichen Konsruktion nicht. Der Erblasser kann beliebig viele Erbteile auch für nur einen Erben bilden. Ob verschiedene Erbteile vorliegen, entscheidet sich nach der Auslegung des Willens des Erblassers. Hat der Erblasser zu erkennen gegeben, daß er verschiedene Bruchteile eines Erbteils verschieden behandelt wissen will, so wird man in der Regel annehmen müssen, daß der Erblasser verschiedene Erbteile hat bilden wollen. Dies würde, auch wenn man Binder darin beipflichten wollte, daß das Wort Erbteil im B. G. B. nur in dem Sinne des § 1922 Abs. 2 gebraucht würde, nicht gegen diesen Paragraphen verstoßen, der lediglich die Regel aufstellt, der gegenüber in § 1951 gewissermaßen eine Ausnahme statuiert wird.

§ 10.

Die Wirkung der Ausschlagung.

Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1). Die Ausschlagung vernichtet somit mit rückwirkender Kraft die Folge der Berufung des ausschlagenden Erben. Das Gesetzbuch bedient sich hier einer Fiktion, der Anfall „gilt" als nicht erfolgt. Dies ist die notwendige Folge des ipso jure Erwerbes der Erbschaft, dem gemäß der Anfall der Erbschaft an den Berufenen ohne weiteres mit dem Tode des Erblassers erfolgt.

Die Folge der Ausschlagung ist somit die, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch den Anfall an den ausschlagenden Erben infolge der Vereinigung der Rechte und Verbindlichkeiten in der Person des Erben erloschen sind, als nicht erloschen gelten und fortbestehen bleiben. Der Erbe wird weiter frei von der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Auch der Besitz, welchen der Erbe gemäß § 857 erworben hat, geht wieder verloren. Hat jedoch der Erbe den Besitz tatsächlich erworben, so dauert das Besitzverhältnis trotz der Ausschlagung fort (Kuhlenbeck III. S. 41, Kommentar der Reichsgerichtsräte II. S. 427).

Eine Ausnahme dieses Grundsatzes regelt § 1959, wonach einmal Rechtsgeschäfte, welche dem Erben als solchem gegenüber vorgenommen werden müssen, auch nach der Ausschlagung wirksam bleiben, wenn sie vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen sind, und wonach weiter die Wirksamkeit von Verfügungen, welche der Erbe vor der Ausschlagung über einen Nachlaßgegenstand vornimmt, durch die Ausschlagung nicht berührt wird, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte.

Schlägt der berufene Erbe die Erbschaft aus, so fällt diese demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Im Falle der gesetzlichen Erbfolge ist somit ausschlagungsberechtigt der nach dem Ausschlagenden berufene gesetzliche Erbe, im Falle der gewillkürten Erbfolge der Ersatzerbe und, falls kein Ersatzerbe eingesetzt ist, die gesetzlichen Erben. War der Ausschlagende Miterbe, so kann im Falle der gesetzlichen Erbfolge Erhöhung der Erbteile der übrigen Miterben gemäß §§ 1930, 1935 stattfinden, im Falle der gewillkürten Erbfolge Anwachsung gemäß § 2094.

Der Anfall an den Nächstberufenen gilt als mit dem Erbfall erfolgt (§ 1953 Abs. 2 Satz 2). Berufen wird somit nur derjenige, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers lebte oder doch bereits erzeugt war. Ein nach der Ausschlagung erzeugter nasciturus kann daher als Erbe nicht in Betracht kommen (Staudinger V. S. 84). Stirbt der nächstberufene Erbe vor der Ausschlagung des vor ihm Berufenen, so transmittiert er sein Erbrecht auf seine Erben, weil der Erbe zur Zeit des Erbfalls, welcher allein entscheidet, erbberechtigt war (Staudinger a. a. O.).

Eine reine Auslegungsware ist es, ob der Erblasser, falls der nächstberufene Erbe nur Ersatzerbe ist, und dieser vor der Ausschlagung stirbt, nicht gewollt hat, das der Ersatzerbe die Ausschlagung erlebt haben soll (Motive V. S. 514). In der Regel wird es nicht gewollt sein (vergl. Boehm S. 258). Ist letzteres jedoch anzunehmen, so fällt die Erbschaft nicht an die Erben des Ersatzerben. Natürlich hat der nächstberufene Erbe wieder das Recht, die Erbschaft auszuschlagen. Die somit ausgeschlagene Erbschaft fällt dann nach den eben entwickelten Grundsätzen dem sodann berufenen Erben an.

Eine besondere Folge der Ausschlagung bestimmt § 2142, wonach, falls ein Nacherbe die Erbschaft ausschlägt, diese, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat, dem Vorerben verbleibt.

Mit Rücksicht auf die weitgreifende Wirkung der Ausschlagung soll das Nachlaßgericht die Ausschlagung dem nunmehrigen Erben mitteilen und jedem, welcher ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, die Einsicht gestatten (§ 1953 Abs. 3). Wird die Annahme angefochten, so muß gemäß §§ 1953 Abs. 3, 1957 Abs. 2 entsprechend demjenigen, dem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen ist, die Anfechtung mitgeteilt werden (Matthiass S. 747). Die Mitteilung an den nunmehrigen Erben verfolgt den Zweck, den Lauf der Ausschlagungsfrist für diesen beginnen zu lassen. Hat der Erbe jedoch schon vorher Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund erlangt, so ist dieser Zeitpunkt entscheidend (K. G. Bl. 1900 S. 92 in Neumann, Jahrb. I. zu § 1953).